

ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: III

SAYI: 1

YIL: 2008

**Haziran – 2008
KAYSERİ**

SAHİBİ

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. İsmail KAYAR

SORUMLU MÜDÜR

İzzet DURGUT

<u>HABERLEŞME ADRESİ</u> ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 38039 / MELİKGAZI- KAYSERİ	<u>TLF</u> : +90 352 438 06 61 437 49 01 / 38000 <u>FAKS</u> : +90 352 438 06 62 <u>E-MAİL</u> : hukukdergisi@erciyes.edu.tr
--	---

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki kez
yayımlanan hakemli bir dergidir.

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

YAYIN İLKELERİ

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Yayımlanması istenen makalelerin Haziran ayında çıkan sayı için 31 Mayıs; Aralık ayında çıkan sayı için 30 Kasım tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi 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. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
3. Çalışmalar, editörlüğe bir nüsha çıktı ile beraber cd veya e-posta yollarından biriyle gönderilmelidir. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
4. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar azami 9000 sözcük olmalıdır. 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 dergiye gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır.
5. 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 yayımlanır. 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.
6. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
7. Dergide yayımlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayımlanır.

DANIŐMA KURULU

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Süheyl BATUM
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ömer TEOMAN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. İsmail KAYAR
Doç. Dr. Murat ŞEN
Doç. Dr. Yavuz KAPLAN
Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN
Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN
Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ
Arş. Gör. Gülden ŞİŞMAN

EDİTÖRLER

Doç. Dr. Murat ŞEN
Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Prof. Dr. İsmail KAYAR, Doç. Dr. Ayşe BOZTOSUN, Doç. Dr. Yusuf BÜYÜKAY, Doç. Dr. Murat DOĞAN, Doç. Dr. Yavuz KAPLAN, Doç. Dr. Murat ŞEN, Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL, Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN, Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN, Yrd. Doç. Cengiz GÜL, Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ, Öğr. Gör. Dr. Şükran EKECİK, Öğr. Gör. Ömer ÇELEN, Öğr. Gör. Akın ÜNAL, Arş. Gör. Ahmet Hulusi AKKAŞ, Arş. Gör. Gündüz Alp ASLAN, Arş. Gör. Harun BODUR, Arş. Gör. Özlem İLBASMIŞ, Arş. Gör. Musa İYİLER, Arş. Gör. Akif KARACA, Arş. Gör. Aslı NANECİ, Arş. Gör. Abdullah Sacid ÖRENGÜL, Arş. Gör. Gökhan ŞAHAN, Arş. Gör. Gülden ŞİŞMAN.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bilimi Açısından
Değerlendirilmesi..... 3-17

Doç. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Disiplin Cezalarının Uygulanması ve İtiraz..... 19-28

Doç. Dr. Cemil KAYA

Vergi Borcu Nedeniyle Yurt Dışına Çıkış Yasağına İlişkin
Anayasa Mahkemesinin İptal Kararının İncelenmesi 29-37

Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ

BM İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Zorunlu Askerlik
Hizmeti Karşısında Vicdani Ret Hakkı..... 39-67

Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ / Yrd. Doç. Dr. Cengiz GÜL

İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Kamu Düzeninin
Korunması ve Suçun Engellenmesi Kriterlerine AİHM Kararları
Açısından Bir Bakış..... 69-103

Yrd. Doç. Dr. Arslan TOPAKKAYA

Etiğin Temel Kavramları Işığında Hukuk..... 105-115

Dr. Önder TOZMAN

Suçun Tamamlanması ve Sona Ermesi Kavramları..... 117-145

Muhammed İkbal İMAMOĞLU

Değer Yargıları Bağlamında Avrupa Kimliği..... 147-159

ÖZEL HUKUK

Doç. Dr. Murat ŞEN

İşverenin Ücret Ödeme Borcunu İspat Vasıtaları (Yargıtay 9.
Hukuk Dairesinin Bir Kararı Çerçevesinde)..... 163-195

Yrd. Doç. Dr. Murat AYDOĞDU

Cemaatlere (Azınlıklara) Ait Vakıfların Taşınmaz Mal
Edinmeleri Sorunundaki Son Hukuki Durum..... 197-253

Dr. Ferhat CANBOLAT

Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki
Sonuçları 255-270

Dr. Gökçen TOPUZ

Aile Konutunun Haczi ve Kiralanan Aile Konutunun İlamsız İcra
Yoluyla Tahliyesi..... 271-291

Dr. Seçkin TOPUZ

Acil Tıbbi Müdahalede Bulunan Hekimin Hukuki Sorumluluğu 293-313

Arş. Gör. Murat ŞAHİN

Avrupa Birliği Rekabet Hukukundaki Son Gelişmeler Işığında
Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Kısa Bir
Değerlendirmesi..... 315-341

Guarav JAIN

Hindistan'daki Yeni Rekabet Rejimi: Acaba Eski Şişede Taze
Şarap mı? 343-360

TEZ ÖZETLERİ

Dr. Murat AKSAN

Ceza Mahkumiyetine Bağlı Hak Yoksunlukları 363-417

CONTENTS

PUBLIC LAW

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

The Assessment of Criminal Law from the Perspective of Crime Policy Science..... 3-17

Assoc. Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

The Enforcement of Disciplinary Penalties and Objections 19-28

Assoc. Prof. Dr. Cemil KAYA

The Analysis of the Constitutional Court Decision Relating to the Ban on Leaving the Country due to Tax Debt 29-37

Asst. Prof. Dr. Kasım KARAGÖZ

The Right to Conscientious Objection to Military Service at the Jurisprudence of the UN Human Rights Committee 39-67

Asst. Prof. Dr. Kasım KARAGÖZ / Asst. Prof. Dr. Cengiz GÜL

Remarks on the Criteria of Protecting the Public Order and the Prevention of Crime with Regard to the Restriction of the Freedom of Expression 69-103

Asst. Prof. Dr. Arslan TOPAKKAYA

Law in the Light of the Fundamental Concepts of Ethics..... 105-115

Dr. Önder TOZMAN

The Concepts of the Completion and Ceasing of Crimes..... 117-145

Muhammed İkbal İMAMOĞLU

The European Identity in the Context of Value Judgments 147-159

PRIVATE LAW

Assoc. Prof. Dr. Murat ŞEN

The Means of Evidence Regarding the Liability of the Employer to Pay Salary (Within the Framework of a Decision of the 9th Circuit of the Appeals Court)..... 163-195

Asst. Prof. Dr. Murat AYDOĞDU

The Legal Status Quo Regarding the Problem of Acquisition of Immovables by Trusts Belonging to Communities (Minorities)..... 197-253

Dr. Ferhat CANBOLAT

The Distinction Between Exception and Objection and the Legal Consequences of Raising These Claims 255-270

Dr. Gökçen TOPUZ

The Seizure of the Family Domicile and the Evacuation of the Rented Family Domicile Through Execution Without a Court Decision 271-291

Dr. Seçkin TOPUZ

The Legal Responsibility of the Physician Who Performs
Emergency Medical Intervention..... 293-313

Research Asst. Murat ŞAHİN

A Brief Overview Of Actions For Damages In Turkish
Competition Law In The Light Of The Latest Improvements Of
Eu Competition Law..... 315-341

Guarav JAIN

The New Competition Regime In India: Whether A New Wine In
The Old Bottle 343-360

SUMMARY OF THESIS

Dr. Murat AKSAN

Deprivation of Rights Due to a Criminal Conviction 363-415

Kamu Hukuku

CEZA KANUNUNUN SUÇ SİYASETİ BİLİMİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK**

1- Genel Olarak

Suçla mücadelede belirlenen hedefler ve bu hedeflere ulaşmada kullanılan araçların zaman içerisindeki değişimine bağlı olarak suç politikası tanımı ile ilgili görüşlerde farklılıklar ortaya çıkmıştır.

Suç politikası bilimi, Avrupa’da Aydınlanma çağında başlamış ve özellikle 19. yüzyılda gelişme göstermiştir. Bu konuda 1870’li yıllarda *Lombroso*’nun “*Doğuştan Suçlu*” adlı eserinin teşvik edici etkisi büyük olmuştur. Suçun nedenlerini araştıran bilimsel yöntemler ve suçlulukla planlı mücadelenin başlangıcı da bu dönemdedir¹. Bu konuda vatandaşların hukuki bakımdan güvencelerinin sağlanması amacıyla kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine daha fazla önem verilmiş², ortaçağdaki karşılık verme düşüncesi (kefare) ortadan kalkmıştır. Akla, zorunluluğa ve amaca uygunluğa dayandırılan ceza hukuku, suç ve ceza arasında orantı sağlayarak gerektiğinden fazla şiddeti reddetmiştir. Suçun esasının kefare değil, hukuka aykırılık olduğu vurgulanmış, böylece ceza hukukunun genel ve özel hükümlerindeki kavramlar değişikliğe uğramıştır³.

19 uncu asrın başında *Feuerbach* “suç siyaseti” kavramını, tüm baskıcı (cezalandırıcı) yöntemlerle Devletin suça karşı müdahalede bulunması olarak ifade etmiştir. Bu ifade o dönemde başarı kazanmış⁴. Devlet suçların önlenmesinde siyasetin gereği olarak bir takım yöntemlere müracaat etmiştir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

1 **v. Hippel, Robert**, Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1932, s.64, dipnot 5.

2 Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gelişimi için bkz. **Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet- Yenidünya, A.Caner**, 5237 sayılı Yeni TCK’ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2007, s.133 vd.

3 **v. Hippel, Robert**, s.38; **Yüce, Turhan Tûfan**, Ceza Hukuku Dersleri, Cilt:1, Manisa 1982, s.33.

4 **Donnedieu De Vabres, H.**, la politique criminelle des états autoritaires, Paris, 1938, s. 3; **Desportes, Frédéric- Le Gunehec, Francis**, Droit pénal général, 14.Edition, Paris 2007, s.5.

Bu yöntemler önleyici ve cezalandırıcı olmak üzere iki türdür. Ancak suç siyasetinin yukarıdaki yöntemlerden önlemeyi kapsamadığı ileri sürülmüştür. Nitekim önlemenin Devletten beklenmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵. Ancak etkili bir önlemeden söz edebilmek için iyi bir suç siyasetinin varlığı gerekir. Bununla birlikte önleme ne kadar etkili olursa olsun, suç fenomenini ortadan kaldıramaz. Suç işlenince devletin ikinci görevi olan “cezalandırma” devreye girer.

Aşağıda suç siyaseti ile ilgili tanımlara yer verildikten sonra, bu konuda kabul edilen ilkelere ve bu ilkelerin 5237 sayılı TCK’da bulunup bulunmadığı hususlarına değinilecektir.

2- Tanımlar

Suç politikası ile ilgili olarak doktrinde çeşitli tanımlara rastlanmaktadır. Buna göre suç politikası, suçun sebeplerini, bunun yanında Devletin suçla mücadelede bir araç olarak kullandığı cezanın ve bununla ilişkili yaptırımların, belirlenen kurallara olan etkisini bilimsel metotlarla inceleyen bir kavramdır⁶.

Suç politikası, amaca uygun olarak ceza hukukunun incelenmesidir⁷.

Suç politikası, suçun önlenmesi ve suçla mücadelede devletin sahip olduğu bütün araçlardır⁸.

Suç politikası, devletin suça karşı uyguladığı tepki, araçlar, metod ve kurallardır⁹.

Suç politikası, toplumun korunmasını amaçlayan ceza hukukunun, bu amacı gerçekleştirebilmesine yönelik uygun bir şekilde tatbikidir¹⁰.

5 **Donnedieu De Vabres, H**, s.4. Buna karşılık Doktrinde suç siyaseti daha geniş bir kapsamda değerlendirilmiştir. Grispigni’ye göre, suç siyaseti, “devletin suçları önleme ve cezalandırma amacıyla yaptığı faaliyetleri araştırın bilimdir”. Thonissen’e göre, bu siyaset, suça karşı mücadeleye uygulanan bütün tenkili ve tenkili olmayan ve hatta hukuki olmayan (dın, ahlak) bütün vasıtalarından teşekkül eder. Florian’a ise, sosyal politikadan çıkan suç siyasetinin ondan ayrıldığı, sosyal politikanın suçun sosyal faktörlerini ortadan kaldırmaya veya en azından azaltmaya yönelmesine karşılık, suç siyasetinin suçluyla uğraştığı görüşündedir.

6 **v. Liszt**, *Traité de Droit Pénal Allemand*, Traduit sur la 17. Edition allemande (1908), Tome 1, Paris 1911, s.108.

7 **v. Hippel**, *Deutsches Strafrecht*, Band I, Berlin 1925, s.534.

8 **Mezger**, zikreden: **Önder, Ayhan**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt:1, İstanbul 1991, s.29.

9 **Schröder**, zikreden: **Önder**, s.29.

Başka bir tanım vermek gerekirse, suç politikası; Anayasal düzen içinde kişi özgürlüklerine gösterilmesi gereken saygıyı göz ardı etmeden, toplumdaki suç ve suçluluk olayını en aza indirebilmede uygulanması gereken taktik, teknik ve stratejidir. Bunun yanında, “iyi bir sosyal politika, en mükemmel bir suç politikasıdır” şeklinde tanımlara da rastlanmaktadır¹¹.

Doktrinde bir kısım yazarlar suç politikası yerine “ceza politikası” terimini kullanmaktadır. Buna göre ceza politikası, ceza hukukunun amacını sağlayacak biçimde nasıl düzenlenmesi sorununu inceleyen bir bilimdir. İyi bir ceza politikası ise, hangi suç için hangi cezanın ne ölçüde verileceğini araştırır¹². Bu itibarla ceza politikası hem suçluluğun önlemesi, hem de suç işlendikten sonra kişinin topluma nasıl intibak edeceğini ele almaktadır.

3- Suç Politikasının Ana İlkeleri

Suç politikasında hedeflenen amaca ulaşabilmek için üç ilkenin varlığı gereklidir. Bunlar; hukuk devleti, kusur ve ümanizm ilkeleridir¹³. Aşağıda bu ilkeler üzerinde durulacaktır.

a- Hukuk Devleti İlkesi

Hukuk devleti ilkesi 1982 Anayasası’nın 2 nci maddesinde zikredilmiştir. İşlemlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukuki güvence sağlayan devlete “hukuk devleti” denilir¹⁴.

Bu ilke bütün özgürlükçü Devlet faaliyetlerine egemen olduğu gibi, ceza hukuku alanında da önemli bir yere sahiptir. Doktrinde ilkenin biri maddi, diğeri şekli olmak üzere iki anlamının bulunduğu kabul edilmektedir¹⁵.

10 **Jescheck, Hans-Heinrich**, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin 1988, s.18.

11 **v. Weber**, zikreden: **Önder**, s.29.

12 **Yüce**, s.33.

13 Önder’e göre suç politikasının beş ilkesi vardır. Bunlar; hukuk devleti ilkesi, kusur ilkesi, hümanite ilkesi, ceza yaptırımlarının cezalar ve güvenlik tedbirlerinden oluşması, gereklilik ve amaca uygunluk ilkesidir. **Önder**, s.30.

14 **Gözler, Kemal**, Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Bursa 2003, s.210.

15 **Önder**, s.31; **İçel, Kayıhan-Donay, Süheyl**, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, 1. Kitap, 4. Bası, İstanbul 2005, s.72; **İçel, Kayıhan**, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’in Daima Büyük Önem Verdiği Suç Politikasının Ana İlkelerinden Hukuka Bağlı Devlet İlkesi, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt:II, Ankara 2008, s.924.

Şekli anlamda hukuk devleti ilkesi, devletin bireylere hukuk yoluyla sağladığı güvenceyi belirtir. Kişi hak ve özgürlüklerine en çok müdahalede bulunan hukuk dallarından biri olan Ceza Hukukunun, kişilere karşı kötüye kullanılmasının engellenebilmesi için hukuk devleti ilkesine ihtiyaç bulunmaktadır. Bu itibarla hukuk devleti ilkesi en fazla Ceza Hukuku alanında kendini gösterir.

Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda hukuk devletinin temel özelliklerini ortaya koymuştur:

“Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu bilen, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilincinden uzaklaşmayan devlettir...”¹⁶

Bu ilkenin bireyler açısından öngördüğü bir takım güvenceler bulunmaktadır: Bunların başında ise suçta ve cezada kanunilik ilkesi gelmektedir. Suçta ve cezada kanunilik prensibi, ceza ve güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla öngörülebilmesi ve kanunda öngörülmeleyen bir suçtan dolayı kimsenin sorumlu tutulmaması anlamına gelmektedir. Bu husus Anayasanın 38 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında, “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” ve Türk Ceza Kanununun 2 nci maddesinde, “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz” şeklinde belirtilmiştir.

¹⁶ Anayasa Mahkemesi Kararı, 08.10.1991, 9/36, AYMKD., S.:27, C.:2, Ankara 1993, s.603. Benzer yönde: AYM.'nin 19.9.1995 tarih, 1995/44 E., 1995/44 K. sayılı kararı için bkz. AYMKD., S.:31, C.:2, Ankara 1996 s.657. AYM.'nin 19.9.1995 tarih, 1995/39 E., 1995/45 K. sayılı kararı için bkz. AYMKD., S.:32, C.:1, Ankara 1997, s.385. AYM.'nin 13.7.1995 tarih, 1994/85 E., 1995/32 K. sayılı kararı için bkz. AYMKD., S.:32, C.:1, Ankara 1997, s.249; AYM.'nin 18.7.1995 tarih, 1995/91 E., 1995/34 K. sayılı kararı için bkz. AYMKD., S.:32, C.:1, Ankara 1997, s.297,298; AYM.'nin 18.7.1995 tarih, 1995/7 E., 1995/35 K. sayılı kararı için bkz. AYMKD., S.:32, C.:1, Ankara 1997, s.327,327. AYM.'nin 6.7.1995 tarih, 1995/6 E., 1995/29 K. sayılı kararı için bkz. AYMKD., S.:32, C.:1, Ankara 1997, s.213, 214.

İdarenin suç ve ceza koyamayacağı, bu yetkinin sadece TBMM’de olduğu TCK.’nun ikinci maddesinin ikinci fıkrasında; *“idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz”* şeklinde ifade edilmiştir.

1982 Anayasası, TCK.nun 2 nci maddesinin 2 nci fıkrasında belirtilen netlikte olmasa da, 38 inci maddesinin 1, 2 ve 3 üncü fıkralarında suç ve cezada kanunilik ilkesine yer vermek suretiyle, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdasını yasaklamaktadır. Ayrıca Anayasanın 91 inci maddesi normlar hiyerarşisinde kanundan sonra gelen kanun hükmünde kararnamelemlerle suç ve ceza konulamayacağını belirtmiştir.

Bunun yanında ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlanamayacağı ve kıyas yasağı hukuk devleti ilkesini destekleyen kuralardır. TCK.’nun 2 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında; *“Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz”* denilerek bu husus vurgulanmıştır. Ayrıca bu ilke açısından kanunun öngörmüş olduğu hükümlerin açık, anlaşılır ve belirli olması (belirlilik kuralı) gereklidir.

Ceza kanununun zaman bakımından uygulanmasına ilişkin Türk Ceza Kanunu’nun 7 nci maddesine göre; bir kimsenin işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaması, hukukun bireyler için sağladığı en önemli güvencelerden biridir. Bu konuda benzer bir hüküm Anayasanın 38 inci maddesinde, *“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”* şeklinde yer almaktadır.

Devletin hukuka bağımlılığını en iyi bir şekilde gerçekleştirebilmesi için ceza hukukunun içerik yönünden nasıl düzenlenmesi gerektiğini maddi anlamda hukuk devleti ilkesi belirler.

Ceza kanunlarının insana saygı esasından hareket etmeleri zorunludur. Bu itibarla ceza, insancıl ve ahlaki olmalıdır. Nitekim 1982 Anayasası’nın 17. maddesine göre; *“kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz”* denilerek insanlara saygı esasını anayasal güvence altına alınmıştır. Bu kuralı destekleyen hükümler ise, TCK.’nun “işkence” başlıklı 94 üncü ve “eziyet” başlıklı 96 ncı maddeleridir.

94 üncü maddeye göre; *“Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi”* işkence suçundan dolayı sorumlu tutulur.

96 ncı maddeye göre ise, “bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi” cezalandırılır. Ayrıca insan onuruyla bağdaşmayan uygulamalardan kaçınılmalı, ceza, işlenen suçun ağırlığına, suçlunun kişiliğine veya kusuruna uydurulabilmeli, cezanın şahsiliği ilkesi uyarınca, yaptırım sadece suç işleyen faile uygulanmalı, devlete mümkün olduğu kadar az yük getirilmelidir¹⁷.

1982 Anayasası'nın “Kanun önünde eşitlik” ilkesine yer veren 10 uncu maddesine göre;

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmelidirler”.

Bu ilke, 5237 sayılı TCK'nun 3 üncü maddesinin 2 nci fıkrası hükmü ile somutlaştırılmıştır. Fıkra, ceza kanununun uygulanmasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamayacağını ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamayacağını ifade etmektedir¹⁸. Bu fıkra “kanun

¹⁷ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.833 vd.

¹⁸ Nitekim Anayasa'nın 10 uncu ve TCK.'nın 3/2 nci maddesinde yer verilen eşitlik prensibine aykırılık teşkil eden fiiller, TCK'nın 122 nci maddesi ile yaptırma bağlanmıştır. Anılan maddede; “(1) Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürsüzlük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;

a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan,

b) Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,

c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,

Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir” denilmektedir. Mukayeseli hukukta genel hükümleri arasında eşitlik prensibine değil, ama ayrımcılık suçuna yer veren kanunlara rastlanmaktadır. Örneğin, 1995 İspanyol CK.'nın 2 nci kitabının, 21 inci başlığının, 4 üncü kısmının,

önünde eşitlik” ilkesini düzenleyen Rus Ceza Kanunu’nun 4 üncü maddesinden alınmıştır¹⁹. Bildiğimiz kadarıyla karşılaştırmalı hukukta Rus Ceza Kanunu’ndan başka bu anayasal ilkeye yer veren başka bir kanun yoktur. Bu esas çok eski zamanlardan beri temel hukuki düzenleme ve sözleşmelerde ifadesini bulmuş ve hemen yukarıda belirttiğimiz 1982 Anayasası’nın 10

“Anayasa ile Garanti Altına Alınmış Temel Hak ve Hürriyetlerin İcrasına İlişkin Suçlar”a dair 1 inci bölümünde 512 nci maddede; “Her kim, mesleğini ve işini yerine getirirken bir kimseye karşı dünya görüşü, dini inancı, etnik gruba, ırka veya milliyete mensubiyeti, cinsiyeti, cinsel tercihi, ailevi durumu, hastalığı ve engelliliği nedeniyle iş vermeyi reddederse, sahip olduğu bir meslek veya sanatı veya ticareti yapma ehliyetini 1 yıldan 4 yıla kadar kaybeder” denilmektedir. İspanyol CK. için bkz. Das spanische Strafgesetzbuch von 23. November 1995 nach dem Stand vom 31. Dezember 2001. Markus Hoffmann-Manuel Cancio Meliá, Mit einer Einführung von Enrique Bacigalupo, Freiburg 2002. Yine 1965 İsveç Ceza Kanunu’nun 2 nci kitabının, “Kamu Düzenine Karşı Suçlar”a ilişkin 16 ncı bölümünün 9 uncu paragrafında da; “Belirli bir işkolunda faaliyet gösteren bir işveren, insanları ırklarına, renklerine, milliyetlerine, etnik kökenlerine veya dini inanışlarına göre ayırma tabi tutarak, diğer kişiler ile girdiği iş ilişkilerinde uyguladığı normal şart ve koşulların altında muamele ederse, bu hukuka aykırı ayrımcılık dolayısıyla para cezası veya bir yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilir.

Önceki fıkrada yer alan ayrımcılıkla ilgili hüküm, bir işte çalışan veya işveren adına hareket eden veya kamu hizmetinde çalışan veyahut kamu görevlisi hakkında da uygulanır.

Yasadışı ayrımcılığa dair hüküm; kamusal veya her hangi bir özel toplantıda kişilerin ırkları, renkleri, milliyetleri, etnik kökenleri veya dini inançlarından dolayı toplantıya girişini engelleyen toplantının organizatörleri veya onlara yardım edenler hakkında da tatbik edilir.

Yukarıdaki fıkralarda yer alan hüküm, homoseksüel bir kimseye bu durumundan dolayı ayrımcılık yapanlara da uygulanır” denilerek bu suç tipine yer verilmiştir. İsveç CK.’nın 1999 şekli için bkz. <http://wings.buffalo.edu/law/bclc/sweden.pdf> (18.09.2006). Ayrımcılık suçu hakkında geniş bilgi için bkz. Yenidünya, A. Caner, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Sayı:4, 2006, s.97-115.

¹⁹ Rus Ceza Kanunu için bkz. Strafgesetzbuch der Russischen Föderation. Deutsche Übersetzung von Friedrich-Christian Schroeder und Thomas Bednarz. Einführung von Friedrich – Christian Schroeder . Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung CVIII, Freiburg im Breisgau 1998.

uncu maddesinde güvence altına alınmıştır. Türkiye uluslararası alanda da bu konuya önem vermiş ve pek çok sözleşmeye taraf olmuştur. 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı “Anayasa Değişikliğine İlişkin Kanun’un” 7 nci maddesi ile Anayasa’nın 90 ncı maddesinde yapılan düzenleme milletlerarası sözleşmelere üstünlük tanınması sonucunu doğurmuştur. Hal böyleyken kanun önünde eşitlik ilkesinin yeniden ceza kanununa konulmasının gereği bulunmamaktadır. Bu düzenleme olmasa dahi genel hukuk prensiplerinin somut yansımaları şüphesiz ceza hukuku alanında da sonuç doğuracaktır. Bu bakımdan kanaatimizce 3 üncü maddenin 2 nci fıkrası kaldırılmalıdır²⁰.

Ceza Kanununun 3 üncü maddesinin 1 inci fıkrasına göre ise, ceza ve güvenlik tedbirlerine hükmedilirken fiilin ağırlığının dikkate alınacağı (orantılılık ilkesi) ve ceza kanununun uygulanmasında kişiler arasında ayırım yapılmayacağı öngörülmek suretiyle maddi anlamda hukuk devleti ilkesine kanunumuzda yer verilmiştir. Fıkroda fiilin ağırlığının yanı sıra cezanın kusura, güvenlik tedbirinin ise failin tehlikeliliği ile orantılı olmasının da gerekli olduğu belirtilmeliydi. Diğer bir anlatımla yaptırımın derecesinin saptanmasında sadece fiilin değil, kişinin psikolojik durumu, sosyal ve ailevi özellikleri, kusurunun ağırlığı (kşz.m.61/1) ve failin tehlikeliliği (güvenlik tedbiri bakımından) göz önüne alınmalıydı²¹.

Yukarıda ifade ettiğimiz temel ilkelerle, devletin suç ve ceza içeren normları yasalaştırırken gözetmesi gereken suç politikası arasındaki ilişkiye Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında temas etmiştir:

“... Ceza verme hakkının esasını, adaletle sınırlandırılmış toplumsal yarar düşüncesi oluşturur. Bunun doğal sonucu olarak da, bir düzenlemeye giderken yasakoyucu kamu yararını en az kişi yararı kadar düşünmek durumundadır. Kamu yararının takdiri ise, Yasama organının yetkisindedir. Ne var ki yasakoyucu kamu yararı düşüncesiyle eylemlere dilediği miktarda ceza saptayamayacağı gibi, kişinin temel hak ve özgürlüklerini demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlayamaz. Yasakoyucunun ceza saptamadaki yetkisinin sınırını “hukuk devleti ilkesi” oluşturur... Anayasa’nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin sosyal bir hukuk devleti

²⁰ Artuk, Mehmet Emin- Çınar, Ali Rıza, Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, in: Türk Ceza Kanunu Reformu. İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar. Editör: Teoman Ergül, Ankara 2004, s.72.

²¹ Roxin, Claus-İsfen Osman, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümleri, in: Suç Politikası, (çeviren:Osman İsfen) Ankara 2006, s.281; Bayraktar, Köksal, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı’na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri”, in: Türk Ceza Kanunu Reformu, s.26.

olduğu açıkça belirtilmiştir. Hukuk devleti olmak, yönetilenlere hukuk güvencesini sağlar. Bu güvence, yasama, yargı ve yürütme organlarının tüm işlemlerinin hukuk kuralları içinde kalması ile gerçekleşebilir. Hukuk devletin öğeleri arasında, yasaların kamu yararına dayanması ve eşitlik ilkesi vardır. Cezaların, suçların ağırlık derecelerine göre önleme ve iyileştirme amaçları da göz önünde tutularak adaletli bir ölçü içinde konulması, ceza hukukunun temel ilkelerindedir...”²²

“... Hukuk Devleti'nin öğeleri arasında, **yasaların kamu yararına dayanması ilkesi de vardır. Bu ilkenin anlamı kamu yararı düşüncesi olmaksızın, yalnızca özel çıkarlar için veya yalnızca belli kişiler yararına olarak herhangi bir yasa kuralının konulamayacağıdır.** Hukuk devletin ana ilkelerinden birisi de **eşitliktir.** Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani gerçek adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Hukuk devletin amaç edindiği, **kişiliğin korunması, toplumda sosyal güvenliğin sağlanması yolu ile gerçekleştirilebilir.** Sözü edilen “sosyal hukuk devleti”, **bireyin huzur ve refahını gerçekleştiren, güvence altına alan, adaletli bir hukuk düzeni oluşturup bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayarak kişi ile toplum arasında denge kuran devlettir.** Toplum yararı bir kenara bırakılarak yalnız kişi yararlarının esas alınması, Anayasa'nın amacına ve adaletli hukuk düzeni kavramına da ters düşer. **Suç ile ceza arasındaki oranın adalete uygun bulunup bulunmadığını, o suçun toplum hayatında yarattığı etkiye ve kamu vicdanında aldığı tepkiye göre takdir etme zorunluluğu vardır.** Bu oransallık bağının bulunması, hukuk devleti ilkesinin ve adalet anlayışının bir gereğidir. **Yasakoyucu, cezaların türünü seçerken ve sınırlarını belirlerken mutlak adalet ölçülerini izlemek zorundadır. Ceza kendiliğinden haklı olmalıdır. Cezaların, suçların ağırlık derecelerine göre önleme ve iyileştirme amaçları da göz önünde tutularak adaletli bir ölçü içinde konulması, ceza hukukunun temel esaslarındandır**”²³.

b- Kusur İlkesi

Hak ile haksızlığı, doğru ile yanlış, iyi ile kötüyü ayırabilme ve bu anlayışa göre davranabilme yeteneği olarak tanımlanan isnat kabiliyetine (kusur yeteneğine) sahip kişi kusurlu hareket edebilir. Failin eyleminden dolayı

²² Anayasa Mahkemesi Kararı, 06.06.1991, 35/13, AYMKD., S.:30, C.:1, Ankara 1995, s.5,6. Benzer yönde: AYM.'nin 24.10.1991 T., 1991/39E., 1991/39 K. sayılı kararı için bkz. AYMKD., S.:31, C.:1, Ankara 1996, s.117,118.

²³ Anayasa Mahkemesi Kararı, 03.12.1992, 46/52; AYMKD., S.:31, C.:1, Ankara 1996, s.69,70.

sorumlu tutulabilmesi için kusur ilkesinin varlığı gerekir. Bu kişinin meydana gelen netice bakımından herhangi bir kusuru söz konusu değilse, sorumluluğundan bahsetmemiz mümkün değildir.

Türk Ceza Kanununun 21 (kast), 22 (taksir) ve 23 (netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç) üncü maddelerinde bu konuda bir takım düzenlemelere yer verilmiştir. Kanunun bu düzenlemesi kusurluluk ilkesine uygundur. Zira 23 üncü maddeye göre neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda failin sorumlu tutulabilmesi için en azından taksir derecesinde bir kusurunun bulunması aranmış ve objektif sorumluluk prensibine son verilmiştir.

Kusur ilkesiyle bağlantılı konulardan biri de ceza sorumluluğunun şahsiyeti ilkesidir. Bu ilke, TCK.'nın 20 inci maddesinde; "*Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz*" şeklinde yer almıştır. Buna göre, yaptırım sadece suç işleyen faile uygulanmalıdır. Bu konuda benzer bir hükme Anayasanın 38/7 nci maddesinde rastlanmaktadır.

c- Ümanizm İlkesi

Ümanizm ilkesi, suç işleyen kişiye uygulanacak yaptırımların ve bu yaptırımların infaz biçiminin kişiyi sosyalleştirme ve topluma tekrar kazandırma amacı taşımasıdır. Bu bakımdan en önemli husus ceza kanunlarında ölüm cezasına yer verilmemesidir. Cezaların insan onuru ile bağdaşır nitelikte olması gereklidir. Kişi yasal kısıtlamalar dışında başka bir kötülüğe uğratılmamalı, dövülmemeli, aç ve uykusuz bırakılmamalıdır²⁴.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununa göre cezalar hapis ve adli para cezası olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır (m.45). Hapis cezaları ise; ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve süreli hapis cezasıdır (m.46). Görüldüğü gibi kanunumuzda ümanizm ilkesine uygun olarak ölüm cezasına yer verilmemiş ve insan onuruyla bağdaşabilir nitelikte cezalar olan hapis cezası ve adli para cezası öngörülmüştür. Bu itibarla dayak cezası, el-ayak kesme cezası gibi modern ceza hukuku ile bağdaşmayan yaptırımların hukukumuzda yer almaması gerekli ve yerindedir²⁵.

Ümanizm ilkesi açısından infaz rejimi de dikkate alınmalıdır. İnfaz insan onuruna yakışır şekilde gerçekleştirilmelidir. Nitekim 1982 Anayasa'sının 17 nci maddesinin 3 ncü fıkrasında; "*...kimse...insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*" denilerek bu husus vur-

²⁴ Yüce, s.36.

²⁵ Yeni Türk Ceza Kanunu'nun yaptırım sisteminin suç siyaseti açısından değerlendirilmesi için bkz. Bayraktar, Köksal, Ceza Hukuku ve Siyaset, Uğur Alacakaptan'a Armağan, 1. Cilt, İstanbul 2008, s.134.

gulanmıştır. Uluslararası sözleşmelerde de, hiç kimsenin zalimane, insanlık dışı, onur kırıcı bir cezaya tabi tutulamayacağı ilkesine yer verilmiştir²⁶. Gerçekten bireyin kişiliğini alçaltan nitelikte her hangi bir yaptırımın uygulanması meşru değildir. Bu bakımdan hemen yukarıda da belirtildiği gibi ahlaki yönden insan vicdanını rahatsız eden aleni dayak, hadım etme, uzuv kesme, vücudun dağlanması gibi sadece suçlunun fizik yanına etkili olan ve onu alçaltan müeyyideler kabul edilemez²⁷.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 2-5. maddelerinde ümanizm ilkesiyle bağlantılı düzenlemeler yer almaktadır. “*İnfazda temel ilke*” başlıklı 2 inci maddede, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin kuralların hükümlülerin ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefî inanç, millî veya sosyal köken ve siyasî veya diğer fikir yahut düşünceleri ile ekonomik güçleri ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılmaksızın ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaksızın uygulanacağı, “*İnfazda temel amaç*” başlıklı 3 üncü maddede, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amacın, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmak olduğu, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamayacağı belirtilmiştir.

4- Suç Politikasının Ceza Kanunlarına Yansıması

Suç siyaseti hareketi ile ilgili olarak 20. yüzyılda kanun ve tasarılar da bir takım değişikliklere gidilmiştir. Bu konudaki en önemli değişiklikler şunlardır:

1- Kısa süreli hapis cezasının sakıncalarını gidermek amacıyla bunların yerine uygulanabilecek ceza ve tedbirler öngörülmüştür. Bu bağlamda hafif suçlar için yaptırım olarak para cezalarına yer verilmiştir.

TCK., süreli hapis cezalarını uzun ve kısa süreli olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Kısa süreli hapis cezası, hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezasıdır (TCK. m.49/2). Bir yıldan fazla süreli hapis cezaları ise, uzun

²⁶ Bkz. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, m.5 (RG.27.05.1949); İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, m.3 (RG.19.03.1954).

²⁷ **Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.486; **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.835.

sürelî hapis cezası olarak kabul edilmiştir. TCK.'da suç politikasına uygun olarak kısa süreli hapis cezasına seçenек olan bir takım yaptırımlar öngörölmüştür. Buna göre; kısa süreli hapis cezası, “suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre; a) Adli para cezasına, b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine, c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye, d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya, e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya, f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya, çevrilebilir” (TCK. m.50).

Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa, adli para cezasına çevrilebilir (TCK. m.50/4).

Ayrıca Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 110 uncu maddesinde kısa süreli hapis cezalarının özel infaz usulleri belirtilmiştir. Buna göre kısa süreli hapis cezasının diğer şartları da bulunmak koşuluyla hafta sonları veya geceleri cezaevinde ya da hükümlünün konutunda çektirilmesine mahkeme tarafından karar verilebilir.

2- Çocuk ceza hukuku alanında gelişmeler görölmüştür. TCK.'nun 6 ncı maddesinde çocuk kavramı “henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi” olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda kusur sorumluluğuna etkisi bakımından yaş küçüklüğü üç devreye ayrılmıştır (TCK. m.31). Çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin neler olduğu ve ne surette uygulanacağı (TCK. m.56) 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda (ÇKK) gösterilmiştir. Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (koruyucu ve destekleyici tedbirler) ise, ÇKK.'nın 5/1. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan;

a) Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye,

b) Eğitim tedbiri, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine,

c) Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine,

d) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına,

e) Barınma tedbiri, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya, yönelik tedbirdir.

3- Yarı akıl hastalarının ve tam akıl hastalarının tedavisi ve alkolizmle mücadele konularında bir takım önlemler alınmıştır. 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak tam-kısmi akıl hastalığını ayrı maddelerde düzenlememekle birlikte 32 nci maddenin birinci fıkrasında tam, ikinci fıkrasında ise, kısmi akıl hastalığına yer vermiştir. Akıl hastalarına ilişkin güvenlik tedbirleri ise, kanunun 57 nci maddesinde belirtilmiştir. 57 nci maddenin son fıkrasına göre, suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder denilerek alkol ve uyuşturucu madde bağımlılarına uygulanacak güvenlik tedbirleri gösterilmiştir.

4- Dilencilik ile mücadele, suç siyaseti hareketi ile hız kazanmıştır. TCK.'nun 229 uncu maddesinde, "*çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri dilencilikte araç olarak kullanan kişi*"nin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bunun yanında dilencilik yapan kişi, Kabahatler Kanununun 33 üncü maddesine göre idari para cezası ile cezalandırılacaktır.

5- Ceza sisteminin güvenlik tedbirleriyle tamamlanacağı düşüncesi gelişmiştir. Buna paralel olarak TCK.'da suç işleyen kişiye yaptırım olarak ceza (m.45 vd.) ve güvenlik tedbiri (m.53 vd.) uygulanacağı kabul edilmiştir.

6- Ölüm cezası, ceza sisteminde tartışılır bir hal almış ve birçok yabancı kanunda ölüm cezası kaldırılmıştır. Aynı şekilde TCK'da da ölüm cezasına yer verilmemiştir.

7- Cezaların tayininde hakime yetki verilmiştir. Cezanın gerek toplum, gerekse fail açısından etkili ve tatminkar olabilmesi, yasal nedenler dışında hakime takdir hakkının verilmesiyle mümkün olabilir. TCK'nun 62 nci maddesinde takdiri indirim sebepleri gösterilmiştir. Buna göre "*takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir*" (m.62/2).

8- Hapis cezalarının infazının iyileştirilmesi bakımından bir takım müesseseler kabul edilmiştir. Bu bağlamda TCK'nun 51 inci maddesinde hapis cezasının ertelenmesi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 171 inci maddesinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi, aynı Kanun'un 231 inci maddesinde hükmün açıklanmasının ertelenmesi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 107 nci maddesinde koşullu salıverme kurumları düzenlenmiştir. Kişinin işlemiş olduğu suçtan dolayı müebbet hapis cezasına mahkum edilse bile, belirli bir süre sonra koşullu salıverme yoluyla topluma tekrar dönebilme imkanına sahip bulunması, suç siyaseti açısından bir zorunluluktur.

CGTİHK.'nun 3 üncü maddesinde ise, hapis cezalarının infazında gözetilecek ilkeler belirtilmiştir. Ayrıca hükümlüye ceza infaz kurumunda avukat ve noterle görüşme (m.59), kültür ve sanat etkinliklerine katılma (m.60), kütüphaneden yararlanma (m.61), süreli veya süresiz yayınlardan yararlanma (m.62), telefon ile haberleşme (m.66), radyo, televizyon yayınları ile internet olanaklarından yararlanma (m.67), mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme (m.68) ve dışarıdan gönderilen hediyeyi kabul etme (m.69) gibi önemli haklar tanınmıştır.

SONUÇ

Suçluluğu önlemek ve suç işlendikten sonra failin topluma nasıl kazandırılacağını inceleyen bir bilim olan suç siyasetinin hukuk devleti, kusur ve ümanizm olmak üzere üç ilkesi bulunmaktadır.

Yasada gösterilmeyen fiillerin suç oluşturmadığı (suçların kanuniliği) ve yasanın suç saydığı bir fiilden dolayı ancak yasada karşılık olarak gösterilen cezanın veya güvenlik tedbirinin (cezaların kanuniliği) verilebileceği anayasalar ve ceza yasalarında bir kural olarak bildirilmiştir. Ancak, yasada gösterilen fiillerin suç sayılması ve bunlar hakkında yine yasada belirtilen ceza ve güvenlik tedbirlerinin hükmedilebilmesi, suçu ve cezaları kapsayan yasanın, fiil işlenmeden önce yürürlüğe girmiş olması şartına bağlıdır. TCK'nun 2 nci maddesinde, hem cezaların, hem de güvenlik tedbirlerinin kanuniliğinden bahsedilmektedir. Buna göre kanunumuz "güvenlik tedbirleri" bakımından da kanunilik ilkesini benimsemiştir.

Kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak TCK.nun 2 nci maddesinde idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilemeyeceği prensibi kabul edilmiştir. Ayrıca kanunda gerek suçun gerekse suç karşılığı öngörülen ceza veya güvenlik tedbirinin tespitinde kıyas yapılamayacağı, suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlanamayacağı belirtilmiştir.

Çağdaş ceza hukukuna aykırı bir kurum olan objektif sorumluluğa TCK.'da yer verilmemiş olması yerinde bir düzenlemedir. 23 üncü maddeye göre, bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi durumunda, kişinin bu neticeden sorumlu tutulabilmesi, söz konusu netice açısından en azından taksire dayalı kusurunun varlığına bağlıdır (m.23).

Ceza kanunlarında suç işleyen kişiye uygulanacak yaptırımların ve bunların infazının insan onuruyla bağdaşır, insancıl ve ahlaki olması gerekir. Kişiler arasında ırk, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılmamalıdır. Hükümlünün koşullu salıverme gibi müesseseler sayesinde topluma tekrar kazandırılması yoluna gidilmelidir.

Sonuç olarak TCK.'nın 1, 3, 21 ve 22 nci maddelerinde bir takım eksiklikler veya fazlalıklar bulunmakla birlikte, suç siyaseti açısından kanunun düzenlenmesinin yerinde ve uygun olduğu düşüncesindeyiz²⁸.

28 Bu konuda bkz. **Artuk-Çınar**, s.37vd.; **Artuk, Mehmet Emin**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Temel İlkeleri, Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı:5, Nisan 2005, s.11vd.; **Artuk, Mehmet Emin**, Yeni Türk Ceza Kanununun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:2, Yıl:2005, s.329vd.; **Artuk, Mehmet Emin**, Yeni TCK'nın Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler, Güncel Hukuk Aylık Hukuk Dergisi, Mayıs 2005, Sayı:17, s.14vd.

DİSİPLİN CEZALARININ UYGULANMASI VE İTİRAZ

*Doç. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN**

GİRİŞ

Bilindiği üzere, her meslek gibi, devlet memurluğu mesleğinin de bir takım kuralları bulunmaktadır. Memurların ifa ettiği kamu görevinin, düzenli, ahenkli ve kamu yararına uygun bir şekilde yürüyebilmesi için öngörülen bu kurallar, disiplin kuralları denilmektedir. Bu kurallar ihlâl edildiğinde, disiplin cezası dediğimiz müeyyideler gündeme gelmektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki, disiplin cezaları birer idarî işlemdirler ve her idari işlem gibi kamu görevlileri tarafından kararlaştırılıp uygulanmaktadır. Bu cezaları tatbik eden makam ya da görevlilerin de hata yapma ihtimali her zaman bulunmaktadır. Hata ihtimalinin ortadan kaldırılabilmesi için, disiplin cezası verme yönündeki idari işlemin, üst idarî makamlarca bir daha gözden geçirilmesi demek olan “itiraz (idarî başvuru)” yolu öngörülmüştür.

Disiplin cezalarına itiraz usulü benimsenince, kararların kesinleşmesi ve uygulanma zamanının tespiti meselesi gündeme gelmektedir. Disiplin cezaları derhal uygulanacak mı, yoksa itiraz aşamalarının sonuçlanması beklenecek midir?

Bu çalışmada, disiplin cezalarının uygulanması ve buna bağlı olarak disiplin cezalarına itiraz konusu üzerinde durulacaktır.

I. GENEL KAVRAMLAR

A. Disiplin Suç ve Cezası

Disiplin suçu, memurun görevini ifa ederken gerçekleştirdiği kusurlu eylemidir¹. Disiplin cezaları, memurun meslek hayatında ve görevlerinde ika ettiği kusurlu davranışlarına karşı uygulanan müeyyidelerdir². Bu müeyyideler, önceden konulmuş objektif kuralların ihlali karşılığında tatbik edilmektedir.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, Cilt.II, Bursa 2003, s.686.

2 ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları, II.Cilt, 3.Bası, İstanbul 1966, s.1188.

Bu tanımlamalardan yola çıkarak, disiplin suçunun unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz³:

1.Fiil: Disiplin suçunun varlığından söz edebilmek için, ortada memurun bir fiili (eylemi) bulunmalıdır. Bu bakımdan belli bir fiil ya da bazı durumlar için fiile teşebbüs bulunmalıdır. Memura isnat edilen bu fiilin gerçek ve somut olması gerekir.

2.Görev: Memur söz konusu fiili, görevi içinde yahut görevi dolayısıyla işlemiş olmalıdır. Görev dışında olsa bile memurun görevini etkileyecek durumda olan filler de disiplin suçunu oluşturabilir.

3.Kusur: Disiplin suçunun oluşabilmesi için, memurun işlediği fiilin, “kusurlu bir fiil” olarak nitelendirilebilmesi gerekir. fiilin kusurlu olup olmadığı bazen kanunla, bazen de kanunun verdiği yetkiye dayanarak idarî işlemle belirlenir. Fiilin kusurlu olabilmesi için, hukukun izin verdiği bir davranış olmaması ve iradî olması gerekmektedir.

B. Uygulanacak Mevzuat

Hukukumuzda memurlar için disiplin suç ve cezalarına ilişkin genel kurallar 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 125 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Buradaki hükümler tüm memurlar için genel hüküm niteliğindedir. Ancak bazı devlet memurları için disiplin suç ve cezalarına yönelik olarak özel düzenlemeler de bulunmaktadır. Bilinen genel kural-özel kural ikileminde özel kuralın önceliği ilkesi gereğince, öncelikle özel kurallar uygulanacak, özel düzenlemelerde hüküm bulunmayan hallerde genel kural olarak 657 sayılı kanun hükümleri devreye girecek demektir.

Yükseköğretim kurumlarında görev yapan akademik personel için, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 65. maddesi uyarınca Yükseköğretim Kurulu tarafından “Yükseköğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği” (Disiplin Yönetmeliği) yapılmıştır. Öncelikle bu özel düzenleme uygulanacaktır. 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanununun 20. maddesinde “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde...657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümleri uygulanır*” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla, disiplin yönetmeliğinde hüküm bulunmaması halinde, 657 sayılı kanun hükümlerine başvurulacaktır.

C. Disiplin Cezası Vermeye Yetkili Makamlar

Disiplin cezası verme, hiyerarşi yetkisi içinde yer alan bir yetkidir⁴.Dolayısıyla hiyerarşik üstler, bu yetkiyi kullanabilirler. Yetkili makamlar, 657 sayılı kanunda ve Disiplin Yönetmeliğinde düzenlenmiştir.

³ GÖZLER, age., s.686-689.

1. 657 Sayılı Kanun

Kanunun 126. Maddesinde, disiplin cezasını vermeye yetkili makamlar şu şekilde belirlenmiştir.

a)Uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezaları: Disiplin amirlerince verilir.

b)Kademe ilerlemesinin durdurulması cezası: Memurun bağlı bulunduğu kurumdaki disiplin kurulunun kararı alındıktan sonra, atamaya yetkili amirler tarafından verilir.

c)Devlet memurluğundan çıkarma cezası: Amirlerin bu yoldaki isteği üzerine yüksek disiplin kurulu kararı ile verilir.

2. Yükseköğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği

Yönetmeliğin 33.maddesinde, disiplin cezasını vermeye yetkili makamlar şu şekilde düzenlenmiştir.

a) Uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezaları: Disiplin amirleri tarafından verilir.

b) Kademe ilerlemesinin durdurulması cezası: Görevlinin bağlı olduğu kurumdaki disiplin kurulunun kararı alındıktan sonra atamaya yetkili amirler tarafından verilir.

Dekanlar için ise, bu ceza disiplin amirinin teklifi üzerine Yüksek Disiplin Kurulu kararı ile verilir.

c) Görevinden çekilmiş sayma ve yönetim görevinden ayırma cezaları: Disiplin Kurulu kararı alındıktan sonra atamaya yetkili amirler tarafından verilir.

Dekanlar için bu cezalar disiplin amirinin teklifi üzerine Yüksek Disiplin Kurulu kararı ile verilir.

d) Üniversite öğretim mesleğinden veya kamu görevinden çıkarma cezası: Disiplin amirlerinin bu yoldaki isteği üzerine, Yüksek Disiplin Kurulu kararı ile verilir.

Yönetmeliğin 37. maddesine göre, Yükseköğretim Genel Kurulu, Yüksek Disiplin Kurulu olarak görev yapar.

4 GÖZLER, age, s.694.

II. DİSİPLİN CEZALARININ UYGULANMASI

A. Yürürlükteki Mevzuat Hükümleri

Disiplin cezalarının uygulanması konusuna ilişkin olarak, halen yürürlükte bulunan 657 sayılı kanun ve Yükseköğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin düzenlemeleri şu şekildedir.

1. 657 Sayılı Kanun Hükümleri

“Disiplin cezaları verildiği tarihten itibaren hüküm ifade eder ve derhal uygulanır. Aylıktan kesme cezası, cezanın veriliş tarihini takip eden aybaşında uygulanır” (m.132).

2. Yükseköğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği

“Disiplin cezaları verildiği tarihten itibaren hüküm ifade eder ve derhal uygulanır. Aylıktan kesme cezası, cezanın veriliş tarihini takip eden aybaşında uygulanır”(m.46).

B. Derhal Uygulanmanın Anlamı

Disiplin cezalarının uygulanması bakımından iki yöntemden bahsedilebilir.

-Derhal uygulanma: Disiplin cezasının mevzuatta düzenlenen soruşturma usulleri tamamlandıktan sonra, disiplin cezası vermeye yetkili makamın kararını verdiği andan itibaren uygulanmasına derhal uygulanma denilir. Derhal uygulamada örneğin uyarma, kınama yahut kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verildiği anda sicile işlenir. İtiraz sonucunda üst makam ya da disiplin kurulu cezayı kaldırırorsa, disiplin cezası sicilden silinir.

-Kesinleştikten sonra uygulanma: Yetkili amir kararını verdikten sonra, mevzuatta öngörülen itiraz aşamaları sonuçlandıktan sonra (süresinde itiraz edilmemesi yahut süresinde itiraz edilip reddedilmesi) uygulanmasına da kesinleştikten sonra uygulanma denilir. Kesinleştikten sonra uygulamada, örneğin uyarma, kınama yahut kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verildiğinde hemen sicile işlenmez, itiraz aşamalarının sonuçlanması beklenir.

Hem 657 sayılı kanunda hem de disiplin yönetmeliğinde disiplin cezalarının “*derhal uygulanacağı*” yönünde hüküm sevkedilmektedir. Burada söz konusu olan “*derhal uygulanma*” kavramının ne anlama geldiğinin anlaşılması bakımından 657 sayılı kanunun disiplin cezalarının uygulanmasını düzenleyen 132. maddesinin tarihsel sürecine bakmak bize bir fikir verecektir.

Devlet Memurları Kanununun 132. maddesinin geçirdiği değişiklik süreci şu şekildedir.

1-1965 tarihli ilk hali: “Uyarma ve kınama cezaları, verildiği tarihten itibaren hüküm ifade eder” (m.132).

Bu düzenlemede uyarma ve kınama cezalarının verildiği tarihte uygulanacağı belirtilmekle birlikte, diğer cezalar bakımından açıklık bulunmamaktadır. Belki de buradaki açıklığın giderilmesi amacıyla aşağıdaki değişiklik yapılmıştır.

2. 1972 tarihli değişiklik (23/12/1972 tarih ve 2 sayılı KHK): “Uyarma ve kınama cezaları verildiği tarihten, diğerleri kesinleşme tarihinden itibaren hüküm ifade eder ve uygulanır”(m.132).

Bu düzenleme, uyarma ve kınama dışındaki disiplin cezalarının, kesinleştikten sonra, yani itiraz aşamaları sonuçlandıktan sonra uygulanacağını açıkça belirtmektedir. Ancak disiplin cezaları arasında ayırım yapıldığı da görülmektedir.

3.1975 tarihli değişiklik (15/5/1975 tarih ve 1897 sayılı Kanun): “Disiplin cezaları kesinleşme tarihinden itibaren hüküm ifade eder ve uygulanır” (m.132).

Görüldüğü üzere, bu değişiklik ile disiplin cezalarının hepsi için, derhal uygulama kaldırılıp, kesinleştikten sonra uygulanacağı kabul edilmiştir. Buna göre disiplin cezaları verildikten sonra, uygulanması için kesinleşmesi yani itiraz aşamalarının sonuçlanması beklenecektir. İtiraz aşamaları (süresinde itiraz edilmemiş yahut itiraz edilmiş talep reddedilmiş) tamamlandıktan sonra disiplin cezası uygulanacaktır.

4. 1982 tarihli halen yürürlükte olan değişiklik (12/5/1982 - 2670/36 md.): “*Disiplin cezaları verildiği tarihten itibaren hüküm ifade eder ve derhal uygulanır*” (m.132).

Görüldüğü gibi, bu değişiklikte, kesinleştikten sonra uygulanma usulü terk edilerek, derhal uygulanma usulü benimsenmiştir.

Yükseköğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği hükmü de aynıdır. “*Disiplin cezaları verildiği tarihten itibaren hüküm ifade eder ve derhal uygulanır* (m.46).

Değerlendirme: Bu tarihsel süreç dikkate alındığında, disiplin cezaları verildiği anda hüküm ifade eder. İtiraz aşamalarının sonuçlanması beklenmez. İtiraz sonucunda disiplin cezası kaldırılırsa, ceza sicilden silinir. Nite-

kim öğretide de disiplin cezalarının derhal uygulanacağı, itiraz aşamalarının beklenmeyeceği konusunda görüş birliği bulunmaktadır⁵.

III. DİSİPLİN CEZALARINA İTİRAZ

Disiplin cezalarına özellikle Yüksek Disiplin Kurulunun kararlarına karşı itiraz konusunun açıklığa kavuşturulabilmesi için mevcut düzenleme yanında, bu düzenlemenin tarihsel sürecine de bakmak gerekmektedir.

A.Halen Yürürlükte Olan Düzenlemelere Göre İtiraz

1.657 Sayılı Kanun Hükümleri (Değişik 12/5/1982 - 2670/39 md.):
“Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz, varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kurullarına yapılabilir. Aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir” (m.135).

Görüldüğü üzere bu düzenlemede sadece uyarma ve kınama cezalarına karşı itirazdan bahsedilmektedir. Diğer disiplin cezalarına itiraz konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı yargı yoluna başvurulabileceği ifade edilmektedir.

Aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı itiraz (idarî başvuru) yapılabilir mi? Öğretide bu konu üzerinde pek durulmamakla birlikte, iki farklı yaklaşım olduğu söylenebilir. Bu yaklaşımlar da 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. maddesindeki hükme dayanılıp dayanılamayacağı konusunda ortaya çıkmaktadır.

İdari Yargılama Usulü Kanununun “üst makamlara başvurma” başlıklı 11. maddesi hükmü şu şekildedir:

“Madde 11 – 1. İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.

2. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır.

⁵ Bkz. GÖZLER, age., s.705; GİRİTLİ İsmet/BİLGİN Pertev/AKGÜNER Tayfun, İdare Hukuku, 2.Basım, İstanbul 2006, s.630; PINAR İbrahim, Memur Suçlarında İdari ve Adli Soruşturma Usulleri, 4.Baskı, Ankara 2003, s.737, 742; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN Turgut, İdare Hukuku C.I, Genel Esaslar, 2.Bası Ankara 2002, s.829.

3. *İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır*".

-Birinci yaklaşıma göre, bu hükme dayanılarak aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı, kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde itiraz (idari başvuru) yapılabilir. Başvuru sonucunda verilecek karara karşı dava açılabilir⁶.

-İkinci yaklaşıma göre, Devlet Memurları Kanununda sadece uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz yolu öngörülmüş olup, diğer disiplin cezaları için İYUK 11. maddesindeki başvuru imkânları kullanılamaz. Başvuru yapılsa bile, dava süresi işlemeye devam eder⁷.

Nitekim Danıştay da DMK 135. maddesini bu şekilde yorumlayarak, *"bu kural incelendiğinde, ... verilen cezaların kesin ve yeniden görüşülmesi mümkün olmayan kararlar olduğu, bu kararlara karşı başvurulabilecek bir üst idari merciin bulunmadığı anlaşılmaktadır"* demektedir⁸.

Devlet Memurları Kanununun 135. maddesinin 1982 değişikliğinden önceki halinde, *"disiplin cezası vermeğe yetkili amirin doğrudan doğruya veya onayı ile verilen disiplin cezalarına ve Devlet memurluğundan çıkarma cezasına karşı Danıştay'a başvurulabilir"* hükmü yer almaktaydı. Bu hükümde yer alan Danıştay'a yapılacak başvurunun, idari bir başvuru değil, dava yolu olduğu ifade edilmektedir⁹.

Kanaatimizce İYUK 11.madde hükmü gereğince, disiplin cezalarına karşı itiraz edilebileceği kabul edilse bile, disiplin cezalarının derhal uygulanması ilkesi karşısında, bu başvuru disiplin cezasının uygulanması bakımından bir netice doğurmaz. Sadece dava açma süresine etki edebilir.

2. Yükseköğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği (Değişik fıkra: 18/9/1996-22761): *"Disiplin amirleri veya disiplin kurulları tarafından verilen disiplin cezalarına karşı itiraz bir üst disiplin amirine veya disiplin kurullarına yapılabilir"* (m.47).

Yönetmeliğin bu hükmü itiraza konu olması bakımından, 657 sayılı kandan farklı olarak, disiplin cezaları arasında bir ayırım yapmamaktadır. Buna göre bütün disiplin cezaları bakımından itiraz söz konusu olabilecektir. Başka bir ifade ile sadece uyarma ve kınama cezaları değil, aylıktan kesme

6 GÖZLER, age., s.707.

7 PINAR, age., s.741.

8 D 10. D, E.84/86, K.85/1057, T.22.5.1982 PINAR, age., s.741.

9 ONAR, age., s.1197.

ve kademe ilerlemesi cezalarına karşı da itiraz söz konusu olacaktır. Ancak hemen belirtelim ki, bu itirazlar kararların uygulanmasını etkilemeyecektir. Zira disiplin yönetmeliği “derhal uygulanma” ilkesini benimsemiştir.

İtiraz halinde, “*itiraz mercileri kararı gözden geçirerek verilen cezayı aynen kabul edebilecekleri gibi cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler. Kaldırılan cezalar sicilden silinir*” (Dis. Yön., m.48).

Hem 657 sayılı Kanunda (m.136) hem de Disiplin Yönetmeliğinde (m.48) itiraz süresi, kararın ilgiliye tebliği tarihinden itibaren 7 gündür. Bu süre içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşir.

İtiraz mercileri, kararı gözden geçirerek verilen cezayı aynen kabul edebilecekleri gibi cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler. Ancak cezayı az görüp daha ağır disiplin cezası veremezler. Buna “*daha ağıra dönüşürme yasağı*” denilmektedir¹⁰.

B. Yüksek Disiplin Kurulunun Kararına Karşı İtiraz

Devlet Memurları Kanununun 126. maddesi gereğince devlet memurluğundan çıkarma cezası, amirlerin bu yoldaki isteği üzerine “**yüksek disiplin kurulu**” kararı ile verilir.

Yükseköğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 33.maddesine göre;

-Üniversite öğretim mesleğinden veya kamu görevinden çıkarma cezası, disiplin amirlerinin bu yoldaki isteği üzerine, Yüksek Disiplin Kurulu kararı ile verilir.

-Dekanlar hakkında, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası disiplin amirinin teklifi üzerine Yüksek Disiplin Kurulu kararı ile verilir. Yine görevinden çekilmiş sayma ve yönetim görevinden ayırma cezaları disiplin amirinin teklifi üzerine Yüksek Disiplin Kurulu kararı ile verilir.

Yüksek Disiplin Kurulunun kararına karşı itiraz (idarî başvuru) mümkün müdür? Devlet Memurları Kanununun ve Yükseköğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin yürürlükteki düzenlemelerinde bu hususa ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Devlet Memurları Kanununun itirazı düzenleyen 135.maddesinin tarihsel seyrine bakarak belki bir sonuca varabiliriz.

¹⁰ GÖZLER, age., s.707; AKILLIOĞLU Tekin, Yönetim Önünde Savunma Hakları, Ankara 1983, s.167.

-Maddenin 1965 tarihli ilk şeklinde “Devlet memurluğundan çıkarma cezasına karşı Danıştay’a başvurulabilir” hükmü yer almaktaydı.

-1972 tarihinde (23/12/1972 tarih ve 2 sayılı KHK) bu hüküm “*Disiplin cezası vermeğe yetkili amirin doğrudan doğruya veya onayı ile verilen disiplin cezalarına ve Devlet memurluğundan çıkarma cezasına karşı Danıştay’a başvurulabilir*” şeklinde değiştirilmiştir.

Bu hükümde yer alan “*Danıştay’a başvurulabilir*” ifadesi, bir idarî başvuru değil, yargı yolu (dava açma) şeklinde ele alınmıştır¹¹.

-Mevcut düzenleme (Değişik: 12/5/1982 - 2670/39 md.): “*Aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir*”.

Görüldüğü üzere Yüksek Disiplin Kurulu kararlarına karşı idarî başvuru(İtiraz), kanunda hiçbir zaman düzenlenmemiştir. Sadece bu kararlara karşı yargı yoluna başvurulabileceği hükme bağlanmıştır.

Yüksek Disiplin Kurulu kararlarına karşı itirazın mümkün olup olamayacağı konusunda iki yaklaşım söz konusu olabilir.

-Birinci yaklaşım: 657 sayılı kanunda ve yönetmelikte Yüksek Disiplin Kurulu kararlarına karşı itiraz düzenlenmemiştir. Sadece yargı yoluna gidilebileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla Yüksek Disiplin Kurulu kararları kesin olup itiraza konu teşkil etmez¹².

-İkinci Yaklaşım: 657 sayılı kanun ve Disiplin Yönetmeliğinde hüküm olmasa da İYUK’nun 11. maddesi hükmüne dayanılarak, Yüksek Disiplin Kurulu kararlarına karşı, kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde itiraz edilebilir¹³.

SONUÇ

Mevcut yasal düzenlemelerin tarihsel süreci ve öğretideki görüşler dikkate alındığında, disiplin cezaları derhal uygulanır. Bunlara karşı itiraz edilmesi, cezaların uygulanmasını durdurmaz. İtiraz sonucunda, itiraz mercileri, kararı kaldırır ise, sicile işlenen cezalar sicilden silinir.

Yüksek Disiplin Kurulu tarafından verilen cezalara (kamu görevinden çıkarma yahut öğretim üyeliği mesleğinden çıkarma cezaları gibi) karşı itiraz edilemeyeceği tartışmalı olmakla birlikte, bu cezaların da derhal uygu-

¹¹ ONAR, age., s.1197: “Kanunun Danıştay’a itiraz olunabilir demesinden bu müracaatın bir iptal veya temyiz yolu olmayıp sadece idarî bir itiraz olduğu iddia edilebilirse de böyle bir iddia Anayasanın açık hükmü karşısında varit değildir” .

¹² PINAR, age., s.741.

¹³ GÖZLER, age., s.707.

lanacağı konusunda şüphe yoktur. Örneğin Yüksek Disiplin Kurulu kararı ile öğretim üyeliği mesleğinden çıkarma cezası verilen kişi, bu cezanın kendisine tebliği tarihi itibarıyla kamu görevi sona ermiş olur. Bu karara itiraz etme hakkının bulunduğu kabul edilse bile, itiraz disiplin cezasının uygulanmasını durdurmaz.

Yüksek Disiplin Kurulu kararına itiraz edilip edilmeyeceği konusunda ise şu yaklaşımın benimsenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Yüksek Disiplin Kurulu, yarı-yargısal usuller takip edilerek kararlar vermektedir. Örneğin kişiler sözlü-yazılı savunmalarda bulunma yanında, tanık dinletebilmekte, hatta avukat bulundurabilmektedir.

Öte yandan 657 sayılı kanun sadece uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz edilebileceğini, diğer cezalara, bu arada Yüksek Disiplin Kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurulabileceğini hükme bağlamaktadır(m.135).

Yükseköğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği ise “*disiplin amirleri veya disiplin kurulları tarafından verilen disiplin cezalarına karşı itiraz bir üst disiplin amirine veya disiplin kurullarına yapılabilir*” (m.47) hükmünü içermektedir. Bu düzenleme, üst disiplin amirine yahut disiplin kuruluna itirazı öngörmektedir. Dolayısıyla Yüksek Disiplin Kurulu en üst ve son karar merci olduğundan, kararlarına karşı itirazın mümkün olmadığı sonucuna ulaşılabilir.

Bu bakımdan İYUK’ nın 11. maddesi hükmünün disiplin cezaları bakımından uygulama kabiliyeti olmadığını düşünmekteyiz.

VERGİ BORCU NEDENİYLE YURT DIŞINA ÇIKIŞ YASAĞINA İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL KARARININ İNCELENMESİ (KARAR TAHLİLİ)

*Doç. Dr. Cemil KAYA**

I. Anayasa Mahkemesi E. 2007/4 ve K. 2007/81 sayılı kararı ile 18.10.2007 tarihinde 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 22. maddesinin 1. fıkrasının "... *vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere ...*" bölümünü; 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 15. maddesinin 3. fıkrasının "... *5682 sayılı Pasaport Kanununun 22 nci maddesi hükümleri, Fonun talebi üzerine Fona borçlu olanlar ile tüzelkişi borçluların kanuni temsilcileri hakkında da uygulanır ...*" tümcesini; 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun ek 5. maddesinde yer alan "*tedbir*" sözcüğünü; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun geçici 13. maddesinin "... *tüzel kişilerin kanuni temsilcileri ile borçlu veya borçla diğer ilgililerin yurt dışına çıkmasını yasaklama ...*" bölümünü iptal etmiştir¹. Burada esas olarak Anayasa Mahkemesi'nin, 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 22. maddesinin 1. fıkrasının "... *vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere ...*" bölümünü iptal etmesine ilişkin kısım değerlendirilecektir.

II. Anayasa Mahkemesine aykırılık itirazında bulunan mahkemeler² özetle, kanun koyucunun temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda takdir yetkisinin sınırsız olmadığı, topluma karşı kimi ödevlerin istenmesinin yerinde olmakla birlikte, bunların ilgili yasalarda gösterilen kuralara bağlı olarak eşit, adil, dengeli olması ve hukuk devleti ilkesinin gereklerine uygun biçimde istenilmesinin zorunlu olduğu, Anayasa'nın 23. maddesinde "*vatandaşlık ödevi*" nedeniyle sınırlama yapılabileceğinin belirtildiği, Yasa'yla getirilen sınırlamanın vergi borcu bakımından açık ve net olmadığı, vergi ödevinin hangi aşamasında, hangi yetkililerce ve hangi ölçüt-

* Selçuk Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD.

¹ RG. 08.12.2007, sy. 26724.

² 1. Ankara Asliye 1. Ticaret Mahkemesi E. 2005/65, 2. İstanbul 2. İdare Mahkemesi E. 2007/1, 3. İstanbul 2. İdare Mahkemesi E. 2007/3, İstanbul 2. İdare Mahkemesi E. 2007/4,

lere göre yasak konulacağı belirtilmeksizin, yetersiz ve belirsiz bir ifadeyle sınır getirildiği, anayasal koruma altında bulunan yurt dışına çıkma özgürlüğünün soyut nitelikteki sınırlamalarla ihlal edildiği, yapılan sınırlamanın soyut, yetersiz ve ölçüsüz olduğu, daha hafif ve uygun yöntemler mevcut iken en ağır yöntemin seçilmesi sonucunda anayasal koruma altında bulunan temel hak ve özgürlüklerden olan seyahat özgürlüğünün kısıtlanmasını doğuracak biçimde yurt dışına çıkışın yasaklanmasında vergi borcunun tahsili amacı için aranan gereklilik, elverişlilik ve oranlılık unsurları bulunmadığından ölçülülük ilkesinin ihlal edildiği, sınırlama için savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hal gibi nedenler de bulunmadığı gerekçeleriyle söz konusu hükmün Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2, 5, 6, 10, 13, 15, 23, 36, 38, 40, 48, 49, 73 ve 125. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

III. Anayasa Mahkemesi, "Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Sınırlama, belirli bir temel hak ve özgürlüğün Anayasa'da öngörülen ya da belirlenen alanı içinde kişiye sağlanan olanakların yasa koyucu tarafından daraltılmasıdır. Başka bir anlatımla, sınırlamada, belirli bir temel hak ve özgürlüğün kullanım olanakları sınırlamadan sonra da devam eder. Buna karşılık, temel hak ve özgürlüklerin durdurulması, bunlardan belirli bir süre içinde yararlanılma veya kullanılmalarının olanaksızlığını anlatır.

Amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunmasını, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir denge- nin bulunması gereğini ifade eden ölçülülük ilkesinin, sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik '*elverişlilik*', sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığını arayan '*zorunluluk*', ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen '*oranlılık*' ilkeleri olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin seyahat ve yurt dışına çıkış özgürlüğüne ilişkin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (Riener/ Bulgaristan, 27.5.2006 günlü) kararında da, müdahalenin yasal olup olmadığı ve meşru bir amacın gerçekleştirilmesi için demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olup olmadığının araştırılması gerektiği, yurt dışına çıkış yasağının hukukili-

ğine ilişkin olarak, yasağın süresi, borcun tutarı, hesaplanması, kesinleşmesi ve zamanlaşımı bakımından öngörülebilirliğin ve belirliliğin oranlılık sorunu ile yakından bağlantılı olduğu, vergi tutarının yüksekliği ile sağlanmaya çalışılan kamu yararı arasında bir denge gözetilmesi gerektiği, oranlılık değerlendirmesini içermeyen yasak işleminin Sözleşmeye aykırılık oluşturduğu, keyfiliğe karşı yeterli düzeyde usul güvencesinin yasayla verilip verilmediği, yasağın gerçekleştirilmek istenen amaçla orantılı olmamasının seyahat özgürlüğünün ihlali anlamına geleceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın, 'Yerleşme ve seyahat hürriyeti' başlıklı 23. maddesinde, herkesin yerleşme ve seyahat özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiş, maddenin üçüncü fıkrasında da, vatandaşın yurt dışına çıkma özgürlüğünün, vatandaşlık ödevi ya da ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle sınırlanabileceği belirtilerek özel sınırlandırma nedenleri gösterilmiştir. Maddeye göre, vatandaşın yurt dışına çıkma özgürlüğü ancak vatandaşlık ödevi ya da ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle sınırlanabilecektir.

İtiraz konusu kuralda, kişilerin vergi borcu nedeniyle yurt dışına çıkışları yasaklanmaktadır. Yasaklama, seyahat özgürlüğünün güvence alanının yasa koyucu tarafından daraltılması niteliğinde olduğundan, 13. madde anlamında bir sınırlama niteliğindedir. Vergi borcu, Anayasa'nın 73. maddesine göre vatandaşlık ödevidir. Anayasa ve yasalarla, kamu giderlerinin karşılanabilmesi için herkese ödev olarak öngörülen vergi ödeme yükümlülüğünün, zamanında ve eksiksiz yerine getirilmesi durumunda, yasalarla idareye yüklenen kamu hizmetlerinin, buna bağlı olarak kamu düzeninin ve başkalarının hak ve özgürlüklerini korumanın aksatılmadan sürdürülmesi mümkün olacaktır. Bu anayasal yükümlülük, aynı zamanda seyahat özgürlüğünü düzenleyen 23. maddede sınırlama nedeni olarak öngörülmüştür. Getirilen yasaklama, yurtdışına çıkmak isteyen kişilerin vergi borçlarını ödemeye zorlayıcı niteliktedir. Bu nedenle itiraz konusu kural ile gerçekleştirilen sınırlamanın, kaynağını Anayasa'da bulan meşru bir amaca yönelik olduğu görülmektedir. Ancak, 'vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere' yurt dışına çıkış yasağı uygulanabileceğine ilişkin kuralla getirilen sınırlamanın, demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

Yasalarla getirilen vergi yükümlülüğünü kabullenmek bir vatandaşlık ödevidir. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ve diğer vergi yasalarıyla, verginin zamanında ve eksiksiz ödenmesi amacıyla getirilen kurallar, zamanında ve tam olarak tahsil edilemeyen vergilerin tahsili için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri ve yine yasalarla getiri-

len gecikme faiz ve zammı uygulamaları göz önünde bulundurulduğunda, vergi borcunun ödenmesi, diğer bir deyişle vergi alacağının tahsili konusunda yasal kuralların bulunduğu görülmektedir.

Yurt dışı çıkış yasağında, vatandaşın yurt dışına çıkma özgürlüğünü sınırlamanın amacı, vergi borcunun tahsilinin sağlanması, araç ise yurt dışına çıkışın yasaklanmasıdır. Amaç ile araç arasında makul bir ilişkinin bulunduğu söylenmesi için yurt dışına çıkış ile vergi alacağının tahsilinin zorluğu veya olanaksızlığı arasında bağın varlığının aranması gereği açıktır. Yasak, hiçbir koşul öngörmeksizin, hatta vergi borcunun tutarı dahi belirtilmeden, vergi borcunun ödenmemesine bağlı olarak kendiliğinden uygulandığı zaman amaç ile araç arasındaki makul ilişki ve denge ortadan kalkar.

Anayasa'nın 23. maddesinde öngörülen sınırlama nedenleri ve bunlar arasında yer alan 'vatandaşlık ödevi' genel nitelikte, soyut bir kavramdır. Yasa koyucunun getireceği her sınırlayıcı düzenlemede bu nedenleri somutlaştırması gerekir. Keyfiliğe varabilecek uygulamaları önleyebilmek bakımından gerekli olan açıklık ve somutluk, sınırlamanın yasayla yapılmış olarak kabul edilmesi için zorunludur. Aksi halde hukuk devletinin gerektirdiği belirginlik karşılanmamış olur ve amaç-araç ilişkisini denetlemek güçleşir. İtiraz konusu kural, amaç ve araçları açık, belirgin ve somut bir şekilde öngörmemiş, amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişkiyi kurmayarak ölçülülük ilkesinin gereklerini yerine getirmemiştir" gerekçeleriyle Anayasa'nın 2, 13 ve 23. maddelerine aykırılığı yeterli görülerek oyçokluğuyla iptal edilmiştir.

IV. Karara karşı olan sayın üye Şevket Apalak'ın azlık oyu şu gerekçelere dayanmaktadır: "Anayasa'nın 23. maddesinin beşinci fıkrasında, yurt dışına çıkma özgürlüğünün vatandaşlık ödevi nedeniyle sınırlanabileceği öngörülmüştür.

Anayasa 'Siyasi Haklar ve Ödevler'i düzenleyen dördüncü bölümünün 'VII. Vergi Ödevi' başlıklı 73. maddesinde herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere vergi ödemekle yükümlü olduğunu belirterek verginin gerekliliğini ve ödenme zorunluluğunu vurgulamıştır. Süregelen kamu yaşamı ve giderleri nedeniyle, vergilerin zamanında ödenmesine ilişkin önlemlerin geliştirilmesi, vatandaşlık ödevinin gerçekleştirilmesini olumlu yönde etkileyecektir.

Öte yandan Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen hak ve özgürlüklerin Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlerle ve yasayla sınırlanacağı yolundaki kuralı, anayasal ilkelere öncelik verilerek yorumlamak anayasaların bağlayıcılığının ve üstünlüğünün gereğidir. Anayasa sınırlama konu-

sunda başka bir maddeyle ilinti kuruyorsa anayasal gerek ve gerekçeler hiç kuşku yok ki ölçülülükünde konuyla ilgili ölçütleri olacaktır.

Bu bakımdan, vergilerin ödenmesinin vatandaşlık ödevleri arasında bulunduğu, bu görev yönünden Anayasa'nın sözel anlatımının yeterli verileri içerdiğinde ve Anayasa'da yer alması nedeniyle bu ilkenin ölçülülükü de içinde barındırdığında kuşku yoktur. Ayrıca vergi borcu tanımlamasında ilgili hukuksal metinlerin vergi yasalarında yer alacağı açıktır.

Vatandaşlık ödevi olan söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, vergi yasalarına göre oluşacak vergi borçlusu olmanın önüne geçilebilmesi için, düzenlenen kuralda Anayasa sınırlamayı vatandaşlık ödevine bağladığından başkaca ölçü aranması gerekmeyecektir. Ayrıca sınırlamalarda gözetilecek konulardan olan Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygunluk ilkesi, Anayasa'nın 73. maddesinin özel anlatımıyla açıkça ortaya çıkmakta ve sınırlama kuralında kendini tüm boyutuyla göstermektedir.

Diğer taraftan; vergi borcunun ödenmesi için kimi olanakların bulunması düzenlemenin amacıyla doğrudan ilintili değildir. Ödemenin gerçekleştirilmesi bir amaçsa da, öncelikli erek vergi borçlusu yükümlülerin ortamda, yani ulaşılabilir yerde, daha açık bir deyişle ülkede bulunmalarını sağlamaktır”.

DEĞERLENDİRME

I. Vergi borcu nedeniyle yurt dışına çıkış yasağı konulması, kişilerin seyahat özgürlüğü açısından şüphesiz önemli bir sınırlamadır. Bu açıdan konunun ayrı bir önemi bulunmaktadır. Her şeyden önce bu davada Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına (özellikle *Riener* kararına³) yollama yapması sevindiricidir. Çünkü Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasında “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” hükmü mevcuttur. Bu doğrultuda davada Anayasa Mahkemesi için temel referans Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4 Nolu Protokol'ün⁴ serbest dolaşım özgürlüğü başlığını taşıyan 2. maddesi olmuştur. Madde şu düzenlemeyi içermektedir: “*Bir devletin ülkesi içinde hukuka uygun olarak bulunan herkes, orada serbestçe seyahat etme hakkına ve ikametgahını seçme özgürlüğüne sahiptir. / Herkes,*

³ Riener v. Bulgaria, 23.05.2006. Application no. 46343/99.

⁴ Türkiye bu Protokolü 1994 yılında onaylamıştır. RG. 14.07.1994, sy. 21990.

kendi ülkesi dahil herhangi bir ülkeyi terketmekte serbesttir. / Bu hakların kullanılmasına, ulusal güvenlik veya kamu güvenliği, kamu düzeninin sağlanması, suçların önlenmesi, sağlık ve ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi kanunda öngörülenler ve demokratik bir toplumda gerekli olanlar dışında sınırlama getirilemez. / Birinci paragrafta belirtilen haklar, ayrıca belirli alanlarda, kanunla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu yararı tarafından haklı kılınan sınırlamalara tabi tutulabilir”.

II. Konunun bir diğer ilginç yanı bulunmaktadır. Şöyle ki 1961 Anayasası döneminde 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 22. maddesinin vergi borcu dahil bir bütün olarak *Anayasa Mahkemesi*'nden iptali istenmesine karşın, *Anayasa Mahkemesi* 1963 yılında söz konusu maddeyi “Bir vergi borçlusunun yurt dışına çıkması, Devlet alacağını tahsilsiz hale getirebilir. Devlet Gelirleri ile başarılacak kamu hizmetlerini ilgilendiren bu konuda kanun koyucunun, kamu yararına tedbirler almasında Anayasa'ya aykırılık düşünülemez. Borcunu ödemesi halinde seyahatine engel kalmayacak olan bir kimse nin borçlu olduğu sürece, yurt dışına çıkmasının yasak edilmesiyle seyahat hürriyetinin özüne dokunulmuş olamaz” gerekçesiyle Anayasaya uygun bulmuştur⁵. Bu da göstermektedir ki *Anayasa Mahkemesi*'nin zaman içerisinde Anayasa'ya uygunluk açısından yorumlarında farklılıklar olabilmektedir.

III. Anayasa Mahkemesi vergi borcu nedeniyle yurt dışı çıkış yasağı konusunda denetim yaparken yukarıdaki açıklamalarla da bağlantılı olarak ve isabetli olarak 3 hususa bakmıştır. Bunlar, 1) Sınırlamanın yasaya dayalı olup olmadığı, 2) Sınırlamanın meşru bir amaca dayanıp dayanmadığı, 3) Sınırlamanın orantılı olup olmadığıdır.

IV. 1982 Anayasası'nın 23. maddesinde yurt dışı seyahat özgürlüğü'nün sınırlanabileceği haller sayılmıştır. Bunlar, vatandaşlık ödevi, ceza soruşturması veya kovuşturması sebepleridir. Maddede açıkça “vergi borcu” ifadesine yer verilmemekle birlikte *Anayasa Mahkemesi* de isabetli olarak vergi borcunu bir vatandaşlık ödevi olarak görmüştür. O halde Anayasa vergi borcu nedeniyle yurt dışı seyahat özgürlüğünü sınırlandırmaya imkan vermektedir. Yani sınırlama anayasal/yasal bir dayanağa sahiptir.

V. Anayasa Mahkemesi vergi borcu nedeniyle yurt dışı çıkış yasağı konusunda getirilen yasaklamanın, yurtdışına çıkmak isteyen kişilerin *vergi borçlarını ödemeye zorlayıcı* nitelikte olduğunu ve bu nedenle de itiraz konusu kural ile gerçekleştirilen sınırlamanın, kaynağını Anayasa'da bulan

⁵ AyM, E. 63/190, K. 63/100, KT. 29.04.1963, AyMKD, 1992, sy. 1, s. 249.

meşru bir amaca yönelik bulunduğunu belirtmiştir. Oysa *Riener* kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mülkiyetin korunması ile ilgili 1 Nolu Protokolün 1. maddesinin, devletlerin vergilerin ödenmesini güvence altına alma amacıyla gerekli gördükleri bu nitelikteki kanunları kabul etme hakkını saklı tuttuğunu⁶, bu nitelikteki sınırlamaların kamu düzeninin sürdürülmesi ve diğerlerinin haklarının korunması amacıyla getirildiğini⁷ ve bu nedenle de meşru bir amacının bulunduğunu belirtmiştir⁸. O halde Anayasa Mahkemesi'nin yurt dışı çıkış yasağının amacının yükümlünün vergi borçlarını ödemeye zorlamayıcı bir uygulama olduğunu ifade etmesi isabetli değildir.

VI. Nihayet Anayasa Mahkemesi sınırlamanın orantılı olup olmadığı üzerinde durmuştur. Avrupa hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında genel bir ilke olarak kabul edilen orantılılık üç ilkeyi içermektedir⁹: 1) Elverişlilik İlkesi (The Principle of Suitability): Tedbirin ulaşılmak istenen amaç için uygun olmasını ifade eder. 2) Gereklilik İlkesi (The Principle of Necessity): Tedbirin ulaşılmak istenen amaç için zorunlu olmasını ifade eder. 3) Dar Anlamda Orantılılık İlkesi (The Principle of Proportionality *Stricto Sensu*): Tedbirle ulaşılmak istenen amaç arasında denge bulunmasını ifade eder.

Sınırlama 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 22. maddesinin 1. fıkrasında "... vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere ..." şeklindeki düzenleme ile yapılmıştır. *Anayasa Mahkemesi* de haklı olarak, sınırlamanın, vergi çeşidi, vergi borcunun cinsi, vadesi, niteliği ve tutarı ya da alt sınırı, resim, harç ya da benzeri mali yükümlülüklerden doğan borçlar için yasak uygulanıp uygulanmayacağı, borcun hangi aşamasında yasak talebinde bulunulacağı, yargı sürecinde yasak isteminde bulunulup bulunulamayacağı, vergi borçlusu, yasal temsilcilerin ya da müteselsil sorumluların durumu, zamanaşımı, vergi borçlusunu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirecek idare, yasağın bildirilme şekli ve süresi ile hangi durumlarda ve kim tarafından kaldırılacağı gibi konularda açık ve somut bir düzenleme getirmemesi nedeniyle yurt dışı seyahat özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir. Görüldüğü gibi yasağın esas ve usule ilişkin konuları

⁶ *Riener*, para. 115.

⁷ *Riener*, para 116.

⁸ *Riener*, para. 117.

⁹ **Schwarze**, Jürgen, *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, London 1992, s. 687; **Emiliou**, Nicholas, *The Principle of Proportionality in European Law*, Kluwer Law International, London 1996, s. 26 vd.

kanunla güvence altında alınmamıştır. Bu hususlar uygulamada esas olarak Maliye Bakanlığı tarafından tahsilat genel tebliğleri ile düzenlenmiştir¹⁰.

VII. Burada son olarak şunu belirtmekte fayda bulunmaktadır. Kanun koyucu Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonucunda yeni bir düzenleme yapmıştır. Bu doğrultuda 6183 sayılı AATUHK'na "yurt dışı çıkış tahdidi" başlıklı 36/A maddesi eklenmiştir. Madde şu şekildedir¹¹: "Devlete ait olup 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ile 4458 sayılı Gümrük Kanunu kapsamına giren amme alacakları ile bunlara ait zam ve cezalarını ödeme emrinin tebliğ tarihini takip eden yedi gün içerisinde ödemeyen ya da bu Kanun hükümleri uyarınca hakkında bu alacaklar nedeniyle ihtiyati haciz kararı alınan amme borçlusunun yurt dışına çıkışı, alacaklı tahsil dairesinin talebi halinde ilgili makamlarca engellenir. / Yurt dışı çıkış tahdidi, yüzbin Yeni Türk Lirası ve üzerinde olan teminat altına alınmamış amme alacağı için uygulanır. Bakanlar Kurulu, bu tutarı on katına kadar artırmaya, yarısına kadar indirmeye ve yeniden kanuni tutarına getirmeye yetkilidir. / Amme alacağına karşılık teminat alınması, alacağın tecil edilmesi, borçlunun aciz halinin tespit edilmesi, yargı mercilerince amme alacağının takibinin durdurulmasına karar verilmesi veya takibinin kanunen durdurulması gereken diğer hallerde yurt dışı çıkış tahdidi, alacaklı tahsil dairesinin talebi üzerine ilgili makamlarca kaldırılır. / Amme borçlusu hakkında uygulanan yurt dışı çıkış tahdidi, hastalık, iş bağlantısı gibi hallerde alacaklı tahsil dairesinin uygun görmesi ve bildirmesi üzerine ilgili makamlar tarafından kaldırılır. Bu fıkraya göre yurt dışı çıkış tahdidinin kaldırılmış olması yeniden takibine engel değildir. / Amme borçlusuyla birlikte amme alacağının ödenmesinden sorumlu olan ve bu Kanuna göre amme borçlusu sayılan kişiler hakkında da bu maddede yer alan esaslara göre yurt dışı çıkış tahdidi uygulanır. / Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir".

Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuya ilişkin kararları –kısmen– dikkate alınarak yapılan bu düzenlemeye göre yurt dışı çıkış tahdidi, 6183 sayılı Kanunun 1. maddesine göre alacaklarını amme idaresi sıfatıyla takip ve tahsil edebilen Devlet, il özel idaresi ve belediyeden yalnızca Devletin, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ile 4458 sayılı Gümrük Kanunu kapsamına giren amme alacakları ile bunlara ait zam ve cezalarını ödeme emrinin tebliğ tarihini izleyen yedi gün içerisinde ödemeyen amme borçluları ile haklarında bu alacaklar nedeniyle ihtiyati

¹⁰ 395 Seri Nolu Tahsilat Genel Tebliği. RG. 11.06.1996, sy. 22663; 439 Seri Nolu Tahsilat Genel Tebliği. RG. 27.04.2006, sy. 26151.

¹¹ RG. 06.06.2008, sy. 26898. Mükerrer

haciz kararı alınan amme borçluları için uygulanabilecektir. Düzenlemede tahdidin uygulanabilmesi için gerekli olan asgari amme alacağı tutarı yüzbin YTL olarak belirlenmiştir. Ayrıca yurt dışına çıkış tahdidinin hangi hallerde kaldırılacağı da maddede açıkça belirtilmiştir. Diğerleriyle birlikte, özellikle aciz halinin tespit edilmesi halinde yasağın kaldırılacağı isabetli bir düzenleme olmuştur. Nihayet, amme borcunun ödenmesinden amme borçlusu ile beraber ödeme sorunluluğu bulunan ve 6183 sayılı Kanunun amme borçlusu saydığı kişiler hakkında da bu tahdidin uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak maddede yasak kararının ilgiliye bildirileceğine ilişkin bir hükmün yer alması önemli bir eksiklik¹².

¹² Aynı yönde bkz. **Yaltı**, Billur, Vergi Borcu Nedeniyle Yurt Dışına Çıkış Yasağı (ABD Yüksek Mahkemesi'nin Lipper Kararı'ndan, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Riener Kararına: Hukuk Standartları), TBB Dergisi, 2006, sy. 66, s. 114.

BM İNSAN HAKLARI KOMİTESİ KARARLARINDA ZORUNLU ASKERLİK HİZMETİ KARŞISINDA VİCDANİ RET HAKKI

*Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ **

GİRİŞ

Çağdaş toplumlarda politik meşruiyetin en önemli unsurlarından biri olarak kabul edilen insan haklarına saygı, son yarım yüzyıl içinde daha önce olmadığı kadar dikkatleri üzerine çekmiştir. İnsan haklarının modern toplumun temel değeri olarak kabul edilmesini sürpriz olarak karşılamamak gerekir. Buna rağmen, insan haklarının korunmasında var olan sistemlerin bireylere etkili bir koruma sağlayıp sağlamadığı sorunu hala güncelliğini korumaktadır.

İnsan hakları kavramı çoğu zaman medeni ve siyasi haklar ya da ekonomik, sosyal ve kültürel haklar olmak üzere sınıflandırılabilir. Bu çalışmanın konusunu oluşturan vicdani ret hakkı da esas olarak medeni ve siyasi haklar içinde yer alan din ve vicdan özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir¹. Bir kısım vicdani nedenler, derin içsel kaygılar, ahlaki nedenler ve dini gerekçelerle askerlik hizmetine katılmayı reddetme olarak tanımlanan² vicdani ret, kökenlerini ilk olarak ortaçağdaki orta Avrupa feodal beyliklerinde bul-

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

1 Erdoğan Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Ankara 2007, s.163. ; Arslan Zühtü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, Ankara 2005, s. 59. ; Vicdani ret hakkı açık bir şekilde uluslararası düzenlemeler tarafından güvence altına alınmamış olmasına rağmen esas olarak düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün içsel bir alanı olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca bu hakkın yaşama hakkı ve barış hakkı ile de yakından ilgili olduğu söylenilebilir. Bunlara ek olarak savaşa katılmayı sınırlandıran, *Jus contra bellum* (savaş karşıtı hukuk) ve *jus in bello* (savaş sırasındaki hukuka) uygunluk gibi uluslar arası davranış kuralları ve soykırımın yasaklanması da vicdani ret hakkının temel bir insan hakkı olarak tanınmasına temel oluşturmaktadır. Major Marie France, “Conscientious Objection and International Law: A Human Right?”, Case W. Res. J. Int’l L, vol. 24, 1992, s.356

2 Emily N. Marcus, “Conscientious Objection as an Emerging Human Right”, Va. J. Int’l L, 1997-1998, s.539.

maktadır. Vicdani ret hakkı ilk zamanlar sadece dini kaynaklı olarak anlaşılacakla birlikte belli bir süreç sonucunda bu niteliğinin dışına çıkıp seküler bir nitelik de kazanmıştır³. Bu bağlamda vicdani ret sadece dini gerekçelerle değil, derin içsel kaygılar, bir kısım ahlaki ve etik nedenlerle ileri sürülmeye başlanmıştır⁴.

Bu makalenin amacı zorunlu askerlik hizmeti karşısında vicdani ret hakkının bir insan hakkı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini BM İnsan Hakları Komitesi⁵ kararları doğrultusunda irdelemektir. Komite sözleşmenin taraf devletler tarafından etkili bir şekilde uygulanmasını denetleme adına bir dizi işlevi yerine getirmektedir. Bunlardan en önemlileri taraf devletler tarafından sunulan dönemsel raporların incelenmesi, sözleşmenin bazı hükümlerine ilişkin olarak Komite'nin yorumlarını sistemleştirerek açıklayan Genel Yorumların kabulü ve belki de en önemlisi 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren Ek İhtiyari Protokolle (Birinci Protokol) Komite'ye verilen bireysel başvuruların değerlendirilmesidir. Türkiye İhtiyari Protokolü 1 Mart 2006 tarihinde onaylamış olup, Türk vatandaşlarının BM sözleşmelerinin ihlali iddiasıyla Komiteye başvurularının yolu açılmış bulunmaktadır. Komiteye bireysel başvuru yolunun açılmış olmasından dolayı Komitenin vicdani red hakkı ile ilgili olarak vermiş olduğu kararların incelenmesi Türkiye için ayrı bir önem arz etmektedir. Bu nedenle çalışmamız esas olarak Komitenin vicdani red hakkı ile ilgili vermiş olduğu kararların ayrıntılı bir tahlilinden ibaret olacaktır. Ancak hala vicdani red hakkının bir insan hakkı olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi konusundaki tartışmalar süregeldiğinden, öncelikle bu konuda yapılan tartışmalara yer verilecektir. Sonra BM bünyesi kapsamında vicdani red hakkının bir insan hakkı olarak kabul edilmesinin izlediği seyir ve bu konuda BM kapsamında harcanan çabalar ele alınacaktır. Daha sonra Komitenin 1981 yılından bu yana ele almış olduğu örnek davalar incelenecektir.

³ Vicdani retçiliğin tarihsel gelişim süreci için bakınız, Charles C. Moskos, John Whiteclay Chambers, *The New Conscientious Objection : From Sacred To Secular Resistance II*, New York 1993, ve Richard P. Fox, "Conscientious Objection to War: The Background and A Current Appraisal", *Clew. St. L. Rev.* 1982.

⁴ Ruth C. Silva, *The Constitution, the Conscientious Objector, and the 'just' War*", *Dick. L. Rev.* 1970- 1971, s. 13.

⁵ Daha sonra kullanılacak olan "Komite" kavramı "BM İnsan Hakları Komitesi'ne" işaret etmektedir.

I. Vicdani Ret Hakkının Tanınması Konusunda Yapılan Tartışmalar

Zorunlu askerlik hizmeti karşısında vicdani ret hakkının tanınıp tanınmaması konusunda aleyhte ve lehte pek çok görüş ileri sürülmektedir. Vicdani ret hakkının tanınmasına karşı olanların ilk gerekçesini bu hakkı vicdani gerekçelerle ileri sürenlerin samimiyetinin sorgulanması oluşturmaktadır. Bu görüşe göre vicdani ret talebinde bulunanların samimiyetlerinin derecesi ölçülmeye çalışılmakta, gerçekten vicdani gerekçelerle mi yoksa korkaklıktan mı kaynaklandığının belirlenmesinin imkansızlığına değinilmektedir. Buna göre görünüşte samimi bireylerin vicdani ret taleplerinin vicdani kanatlarından ziyade cesaretsizlikten kaynaklanabileceği dile getirilmektedir. Bu bağlamda vicdani ret talebinde bulunanların güçlü bir gerekçe buluncaya kadar savaş karşıtı tutumlarını değerlendirmenin zorluğunun devam edeceği iddia edilmektedir⁶. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira devletlerin vatandaşlarının inanç ve fikirlerine saygı göstermeleri ve mümkün olduğu ölçüde vatandaşlarından bu inanç ve düşünceleri ile çelişen davranışlarda bulunmalarını talep etmektan kaçınması temel bir demokratik ilkedir. Toplumda var olan normlarla çelişen bir görüşü vicdani ret sahibinin taşıması onun daha az önemli ve vazgeçilmez bir düşünce olduğu anlamına gelmediği gibi buna saygı duyulması da gerekir⁷. Diğer yandan hak talep eden kişinin inancının, samimiyetinin değerlendirilmesi yalan makinesi benzeri bir “samimiyet ölçer(!)” icad edilmediği sürece mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla demokratik bir toplumda bireysel özgürlüklerin korunması ve teşvik edilmesi devletler tarafından belli risklerin alınmasını gerektirecektir.

İkinci olarak ise öyle ya da böyle askerlik hizmetinin özellikle devletin karşı karşıya kaldığı tehlike halleri olmak üzere bütün vatandaşların temel bir yükümlülüğü olduğu üzerinde durulmaktadır. Buna göre diğerlerinin hayatlarıyla savunduğu ilkeleri diğer insanların vicdani nedenlerle reddetmesi ahlaki görülmemektedir. Bu bağlamda askeri savunmayı reddeden vicdani retçilerin, o toplumda yaşama hakkından yararlanmalarına izin verilmemesi gerektiği dile getirilmektedir⁸. Ancak vicdani retçilere o toplumda yaşama hakkı dahi tanımayan bu görüşe hiçbir şekilde katılmak mümkün değildir.

Üçüncü olarak vicdani ret hakkının tanınmasının zorunlu olarak bir toplumun moral ve askeri savunmasını zayıflatacağı üzerinde durulmaktadır.

⁶ Lipman Matthew, “The Recognition of Conscientious Objection to Military Service as an International Human Right”, *Cal. W. Int’l L.J.*, vol.21, 1990- 1991, s. 33.

⁷ Russel Wolf, “Conscientious Objection: Time for Recognition as a Fundamental Human Right”, *ASILS Int’l L. J.*, 1982, s. 67.

⁸ Lipman, s. 33-34.

Buna göre vicdani retçilerin zorunlu askerlik hizmetinden muaf tutularak ayrıcalıklı bir duruma sokulmalarının yaralanma ve ölüm tehlikesi ile yüz yüze bulunan muharip ordu içindeki askerlerde moral çöküntüsüne sebep olabileceği söylenmektedir. Nitekim vicdani ret hakkının tanınıp tanınmaması konusunda Avrupa Parlamenter Meclisinde 1980'li yılların başında yapılan tartışmaların birinde hiçbir Komünist ülkede askerlik hizmeti karşısında vicdani ret hakkının tanınmadığı ve Batının da vicdani ret hakkını tanıyarak savunmasını zayıflatacak gayretler içine girmemesi gerektiği dile getirilmiştir. Bu bağlamda vicdani ret hakkına izin veren demokratik ülkelerde vicdani retçi sayısının gün geçtikçe arttığı ve endişe verici boyutlara ulaştığı üzerinde durularak vicdani ret hakkının tanınmasına karşı çıkılmıştır⁹. Vicdani ret hakkının tanınmasının bir talep yığılmasına yol açacağı iddiasını destekleyen güçlü deliller bulunmadığından bu görüşe de katılmak mümkün değildir. Oysa örnek olaylarda tam tersi durumla bile karşılaşmak mümkün olmaktadır. Örneğin, ABD'de Vietnam Savaşına karşı oluşan geniş muhalefete rağmen, sadece % 1'den biraz fazla bir nüfus vicdani ret ile zorunlu askerlik hizmetinden muaf tutulmak için başvuruda bulunmuştur. Vicdani ret hakkına yapılandırılan bu utanç ve bireylerin çoğu tarafından hissedi-len vatanseverlik görevi, vicdani retçilerin göreceli olarak çok az sayıda kalmasını garanti edecektir. Dahası, vicdani ret taraftarları, vicdani ret suretiyle askerlik hizmetinden muaf tutulanların sayısının zihni, fiziksel ve ahlaki gerekçeler gibi diğer nedenlerle tecil edilmesine kıyasla çok sönük kaldığına işaret etmektedirler. Oysa askerlik hizmetinde vicdani ret tanınması için pratik nedenler de vardır. Retçilerin çoğu askerlik hizmetini zayıflatmakta, disiplin problemleri çıkarmakta ve askeri moralin altını oymaktadırlar. Bu yüzden bu kişilerin kamu refahını destekleyecek milli öneme sahip alternatif işlerde istihdamı tercih edilmelidir.

Vicdani ret hakkının tanınmasına karşı çıkanlar dördüncü olarak vicdani retçilerin kendilerinin zalim ve totaliter güç karşısında özgürlük için savaşmaya istekli oldukları yönündeki görüşlerine katılmakla birlikte vicdani ret hakkının gelecekte belki ütopyik bir toplumda kabullenilebileceğini oysa günümüzde bunun sadece anarşi ve düzensizliğe yol açacağı üzerinde durmaktadırlar¹⁰. Anarşi ve düzensizliğe neden olacağı için ise hangi gerekçeyle olursa olsun vicdani ret hakkının tanınmaması gerektiğini ileri sürmektedirler. Oysa çağdaş demokrasilerdeki uygulamalara bakıldığında sonucun hiçte öyle olmadığı görülecektir. Dolayısıyla bireylerin vicdani kanaatlerini ger-

⁹ Lipman, s, 34.

¹⁰ Lipman, 34.

çekleştirmeleri için ütopyik bir toplumun varlığını beklemek mantıklı olmayacaktır.

Vicdani ret hakkına karşı olanların işaret ettikleri diğer bir nokta ise bireyin zorunlu askerlik hizmetinden muaf tutulma hakkına sahip olduğunun bir kez kabul edilmesinin, başka talepleri de beraberinde getireceği noktasında düğümlenmektedir. Buna göre vicdani ret hakkı tanınan kişilerin bir kısım yasal zorunluluklardan da muaf tutulma adına vicdani ret hakkının arkasına saklanacakları iddia edilmektedir. Bu bağlamda vicdani retçilerin askeri araştırmalara ve harcamalara sarf edilebileceği gerekçesiyle vergi ödevinden de muafiyet isteyecekleri dile getirilmektedir¹¹. Nitekim Komiteye karşı yapılan 1991 tarihli *J.P. v. Kanada*¹² ve Almanya'ya karşı yapılan 1993 tarihli *K. V. ve C. V.* başvurularında Komite böyle bir taleple karşı karşıya kalmıştır¹³. Ancak Komite, her iki başvuruda da vicdani ret nedeniyle vergi borcunu ödemeyi reddetmenin din ve vicdan özgürlüğü kapsamı içinde değerlendirilemeyeceğini bildirip başvuruların kabul edilemezliğine karar vermiştir. Zorunlu askerlik hizmetinden vicdani retçilerin muaf tutulması dolayısıyla bireylerin diğer sosyal sorumluluklarında da muafiyet taleplerinin din ve vicdan özgürlüğü kapsamında değerlendirilmeyeceğini söyleyebiliriz. Askerlik hizmeti bireylere insanları sakat bırakma ve öldürme teknikleri için eğitim altına alınmalarını istemesi ile benzersizdir. Diğer sosyal yükümlülükler, doğrudan insan hayatını sonlandırmayı içermemekte ve diğerini öldürme ile temel ahlaki düsturlar olarak algılanan şeylerin ihlalini istememektedir. Vicdani retçi keyfi olarak askerlik hizmetini reddetmemekte fakat yerine yasal statülerinin tanınmasını istemektedir. Son olarak, vicdani retçinin askerlik yükümlülüğünü alternatif biçimde yerine getirebilmesi ve kamu yararına katkı sağlaması mümkündür. Nitekim bu konuda artan oranda bir uluslararası görüş birliğinin olduğu söylenebilir.

II. Vicdani Ret Hakkının Tanınması Konusunda BM Kapsamında Harcanan Çabalar

Zorunlu askerlik hizmeti karşısında vicdani ret hakkının bir insan hakkı olarak ortaya çıkmasında ileri sürülen ilk uluslararası ilke olarak düşünce, vicdan ve din özgürlüğü görülmektedir. Çoğu uluslararası sözleşme herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahip olduğunu açıklıkla vurgulamıştır. Bu bağlamda, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 18. maddesi, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 18. maddesi, İnsan Hakları

¹¹ Lipman, s. 34

¹² J.P. v. Kanada, başvuru no. 446/1991

¹³ K. V. ve C. V. v. Almanya, başvuru no. 568/1993

Avrupa Sözleşmesinin 9. maddesi, Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisinin 3. maddesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi ve Afrika İnsan ve Halklarının Hakları Şartının 8. maddesi açık bir şekilde bu özgürlüğü güvence altına almıştır. Ancak burada karşılaşılan ilk sorun düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün kişilerin zorunlu askerlik hizmetinden muaf tutulmalarına güçlü bir gerekçe oluşturup oluşturmayacağı olmuştur. Vicdani ret hakkının düşünce ve vicdan özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilmemesi konusunda karşılaşılan endişe ise BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 18. maddesinin kabulü sırasında yapılan görüşmeler sırasında Filipinler delegesi tarafından verilmiş olan ek paragraf önerisi olmuştur. Filipinler delegesi vermiş olduğu değişiklik önergesinde, dinleri savaşa karşı olanların bu gerekçeyle askerlik hizmetinden istisna tutulmasını önermişti. Ancak bu değişiklik önergesi oylama öncesi 18. madde kapsamından çıkartılmıştır¹⁴. Dolayısıyla sözleşmeyi hazırlayanların vicdani ret hakkını düşünce, vicdan ve din özgürlüğü kapsamında değerlendirmedikleri konusunda bir önyargının yerleşmesine neden olmuştur. Bu konudaki tartışmaların alevlenmesinin temel nedeni olarak da bu önerenin reddedilmesi gösterilmektedir.

Birleşmiş Milletler bünyesi kapsamında değişik zamanlarda vicdani ret hakkının BM Bildirgesinin 18. ve BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 19. maddesinde güvence altına alınan düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün önemli bir adımını oluşturduğu vurgulanmıştır. 1980'den beri gerek bölgesel gerekse uluslararası seviyede vicdani ret hakkının tanınması konusunda ileri adımlar atılmıştır. Bunların en önemli kısmını ise, BM bünyesi kapsamında yapılan düzenlemeler oluşturmaktadır. Vicdani ret hakkı, BM sözleşmelerinden ne BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinde ne de BM Ekonomik ve Sosyal Haklar Sözleşmesinde açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, BM tarafından bir insan hakkı olarak kabul edilmiştir. BM İnsan Hakları Komisyonu 1987 yılında vicdani ret hakkını tanımış daha sonraki önergelerde de bunu onamıştır. Komite ise 1993 yılındaki 22 No'lu Genel Yorumunda vicdani ret hakkının yasal dayanağını açıkça ortaya koymuştur¹⁵.

Birleşmiş Milletler belgeleri kapsamında vicdani ret hakkı konusunda farklı seviyede düzenlemeler bulunmaktadır. BM İnsan Hakları Komisyonu ilk olarak 1987/46 sayılı önergesinde vicdani ret hakkını açıkça tanıyarak bu hakkın düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün yasal kullanımı olarak değer-

¹⁴ Major, (1992), s. 357.

¹⁵ Marcus, s.516.

lendirmiştir¹⁶. Bu önergedeki düzenleme Komisyon tarafından hazırlanan diğer önergeler tarafından da aynen benimsenmiştir. Bu bağlamda, 1989/59,1995/83,1998/77, 2000/34, 2002/45 ve 2004/35 sayılı önerelerde zorunlu askerlik hizmetine karşı vicdani ret hakkını kullanmanın, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün yasal kullanımını oluşturduğu özellikle ilan edilmiştir. Bu önergelerle vicdani ret hakkı tanınmakla kalmamış bu hakka ilişkin asgari ölçütlere de yer verilmiştir. Komisyon, 2002/45 sayılı önergesinde ayrıca İnsan Hakları Yüksek Komiserini vicdani ret hakkı konusunda en iyi uygulamaların yer aldığı bir rapor yayınlamaya davet etmiştir. Bu bağlamda 16 Şubat 2004 tarihinde içinde zorunlu askerlik hizmeti karşısında vicdani ret hakkını da kapsayan Medeni ve Siyasi Haklar Raporu yayınlamıştır¹⁷.

BM bağlamında sadece BM İnsan Hakları Komisyonu değil Komite de düzenli bir şekilde vicdani ret hakkına işaret etmektedir. Bu kapsamda en önemli belge ise Komite'nin 48. oturumunda kabul ettiği 1993 tarihli 22 Nolu Genel Yorumudur¹⁸. 22 Nolu Genel Yorumda düşünce, vicdan ve din özgürlüğü kapsamında vicdani ret hakkına ilişkin temel ilkelere yer verilmiştir. 22 Nolu Genel Yorumun 1. paragrafında, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 18. maddesinde güvence altına alınan düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne herkesin sahip olmasının geniş kapsamlı bir hak olduğu belirtilmiştir. Komiteye göre bu hak, her konuda, kişisel görüşlerde, bir dine ve inanca sahip olmakta özgür olabilmeyi ve bunları bireysel ya da toplu olarak ortaya koyabilme özgürlüğünü içerir. Taraf devletlerin düşünce özgürlüğü ve vicdan özgürlüğünün, din ve inanç özgürlüğüyle eşit şekilde korunmasına özen göstermesi gerektiği Komite tarafından vurgulanmıştır. Maddede düzenlenen temel özgürlükler 4. maddenin 2. paragrafında da belirtildiği gibi olağanüstü durumlarda dahi askıya alınmaz. Genel Yorumun 2. paragrafında ise 18. maddenin, tanrılı ve tanrısız dinleri ve herhangi bir dine mensup olmama veya herhangi bir inanca sahip olmamayı da koruduğu belirtilmiştir. Buna göre “inanç” ve “din” kavramları geniş şekilde yorumlanmalıdır. 18. madde, sadece geleneksel dinleri, kurumsal nitelikteki din ve inançları veya geleneksel dinlerinkine benzer uygulamaları kapsamamaktadır. Genel Yo-

¹⁶ Marie France Major, “Conscientious Objection to Military Service: The European Commission on Human Rights and the Human Rights Committee”, *Cal. W. Int'l L. J.*, 2001- 2002, s. 4. ; Christopher Decker, Lucia Fresa, “The Status Of Conscientious Objection Under Article 4 of the European Convention on Human Right”, *M.Y.U. J, Int'l L. & Pol.* 2000- 2001, s. 411.

¹⁷ E/CN. 4/2004/55, 16 Şubat 2004.

¹⁸ Decker, Fresa, s. 412.

rumun 3. paragrafında ise 18. maddede düşünce, vicdan, din veya inanç özgürlüğü ile din veya inancı açıklama özgürlüğünün birbirinden ayrıldığı vurgulanmaktadır. Buna göre düşünce ve vicdan özgürlüğü veya herhangi bir din veya inanca mensup olma özgürlüğü üzerinde hiçbir sınırlamaya izin verilmemektedir. Genel Yorumun 8. paragrafında ise bu hakka getirilebilecek sınırlamaların koşullarına yer verilmektedir. Buna göre; 18. maddenin 3. paragrafı bir kimsenin kendi dinini veya inancını ortaya koyma özgürlüğüne ancak yasaya dayanmak koşuluyla kamu güvenliğini, kamu düzenini, genel sağlığı, genel ahlakı ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli kısıtlamalar getirilebileceğini belirtmektedir. Herhangi bir din veya inancı benimsemeye baskı altında olmama özgürlüğü ve ana-babaların veya vasilerin din ve ahlak eğitimini güvence altına alma hakları kısıtlamaya tabi tutulamaz. Kısıtlamanın mümkün olduğu hükümlerin yorumlanmasında, taraf devletler 2., 3. ve 26. maddelerde somutlaşan eşitlik hakkı ve hiçbir halde ayrımcılık gözetmeme yasağı da dahil olmak üzere sözleşmede güvence altına alınan hakların korunması noktasından hareket etmelidir. Kısıtlamalar, yasalarla getirilmeli ve 18. madde ile güvence altına alınan hakları ihlal edecek şekilde uygulanmamalıdır. Komiteye göre, 18. maddenin 3. paragrafı katı bir şekilde yorumlanmalıdır. Hükümde belirtilen nedenler dışındaki nedenlere dayanan kısıtlamalara, sözleşme ile korunan diğer hakları kısıtlama nedenleri olarak kabul edebilir olsalar dahi, izin verilmemelidir. Sınırlandırmalar sadece öngörülen amaçlar için uygulanmalı ve sınırlandırmaya neden olan ihtiyaçla doğrudan ilgili ve orantılı olmalıdır. Sınırlamalar ayrımcı amaçlar içermemeli veya ayrımcı bir şekilde uygulanmamalıdır. Komiteye göre ahlak kavramı birçok farklı toplumsal, felsefi ve dinsel gelenekten kaynaklanmaktadır. Sonuç olarak, ahlakı korumak amacıyla din veya inancı ortaya koyma özgürlüğüne getirilen sınırlamalar sadece tek bir gelenekten kaynaklanan ilkelere dayandırılmamalıdır. Yukarıdaki fıkralardaki yorumlar ışığında vicdani ret hakkına ilişkin hükümler Genel Yorumun 11. fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre, birçok kimse 18. maddeden kaynaklanan haklarını ileri sürerek askerlik hizmetini yetirine getirmeme hakları olduğunu dile getirmektedir. Bu tarz isteklere karşılık olarak, çok sayıda devlet, dinleri veya inançları gereği gerçekten de askerlik hizmetinde bulunmaları yasaklanan kişileri bu hizmetten muaf tutmakta ve askerlik hizmeti yerine alternatif ulusal hizmetler öngörmektedir. Komiteye göre, sözleşme açıkça vicdani ret şeklinde bir hakka yer vermemektedir; ancak öldürücü silah kullanma zorunluluğunun, inanç özgürlüğü ve dini veya inancı ortaya koyma hakkıyla ciddi şekilde çatışması durumunda 18. maddenin bu şekilde bir hakka yer verdiği düşünülebilir. Bu hak hukuken veya uygulamada tanındığı takdirde, vicdani retçiler arasında belirli inançların içeriğine dayanılarak bir ayırım yapılamama-

yacaktır. Benzer şekilde vicdani retçilere karşı askerlik hizmetini yerine getirmedikleri gerekçesiyle herhangi bir ayırım yapılmamalıdır. Komite, sözleşmecî devletleri kişilerin 18. maddeye dayanarak askerlik hizmetinden muaf tutabilmeleri için öngörülen şartları ve alternatif ulusal hizmetlerin içeriğini ve uzunluğunu belirlemeye davet etmektedir.

Vicdani ret hakkının, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile birlikte yaşama hakkı ile de yakından ilgili olduğunu söyleyebiliriz. Yaşama hakkı ise BM Evrensel Bildirgesinin 3. maddesinde, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 6. maddesinde, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin ise 3. maddesinde açıkça güvence altına alınmıştır. Nitekim BM İnsan Hakları Komisyonu 1989/59 ve 2004/35 sayılı önergesinde yaşama hakkının vicdani ret hakkı ile yakından ilgili olduğunu belirtmiştir. BM İnsan Hakları Komisyonu, 1998/77 sayılı önergesinin giriş paragrafında da vicdani ret hakkının yaşama hakkı ile de yakından ilgili bir hak olduğunu açıkça vurgulamıştır.

III. BM İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Vicdani Ret

Vicdani ret konusu Komitenin önüne ilk kez 1981 tarihinde Finlandiya'ya karşı yapılan *Paavo Muhonen v. Finlandiya* başvurusunda gelmiştir¹⁹. Ancak bu kararda başvuranın kendi ülkesinde sorunu çözdüğü için Komitenin 18. maddenin vicdani ret hakkını kapsayıp kapsamadığını belirlemesine imkan kalmamıştır. Ancak yine Finlandiya'ya karşı yapılan *L.T.K. v. Finlandiya* kararında²⁰ Komite, ilk defa Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin zorunlu askerlik hizmeti karşısında vicdani ret hakkını güvence altına alıp almadığı konusunu inceleme fırsatı bulmuştur²¹. Başvuran Finlandiya Hükümeti tarafından vicdani retçi statüsünün tanınmaması ve bu nedenle zorunlu askerlik hizmeti yapmayı reddetmesinden dolayı cezai takibata maruz kalmasının sözleşmenin 18. ve 19. maddelerine aykırılık oluşturacağını iddia etmiştir²². Söz konusu olayda 1982 yılında bir Finlandiya vatandaşı olan başvuran, yetkili ulusal otoritelere kendisinin vicdani kanaatlerinden kaynaklanan bir kısım ciddi ahlaki nedenlerle resmi ya da sivil herhangi bir askerlik hizmetini yapmayacağını beyan etmiştir. Başvuran zorunlu askerlik hizmeti yerine alternatif bir hizmette bulunmayı önermiştir²³. İlgili Askeri Hizmetleri İnceleme Kurulu (The Military Service Examining Board) vicdani kanaat-

¹⁹ Muhonen v. Finlandiya, başvuru no. 89/1981, Major, (2001-2002), s. 12. dipnot. 64.

²⁰ L.T.K. v. Finlandiya, başvuru no. 185/1984

²¹ Major, (2001-2002), s. 12.

²² L.T.K. v. Finlandiya, paragraf. 1.

²³ L.T.K. v. Finlandiya, paragraf. 2.

lerden kaynaklanan ciddi moral kaygıların başvuranı resmi ya da sivil herhangi bir zorunlu askerlik hizmetini yapmaktan men ettiğinin ispatlanmasının mümkün olmayacağı için zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmesini emretmiştir. Ancak bu emre rağmen başvuran herhangi bir sivil ya da resmi askeri görevi yapmayı reddetmiştir. Bunun üzerine başvuran hakkında cezai takibat başlatılmış ve başvuran onbir aylık hapis cezasına mahkum edilmiştir. Başvuran bu kararı temyiz etmesine rağmen bir sonuç alamamış ve karar onanmıştır. Bunun üzerine başvuran kendisine vicdani retçi statüsünün tanınmamasının Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 18. maddesi ile ifade özgürlüğünü düzenleyen 19. maddelerinin Finlandiya hükümeti tarafından ihlal edildiği gerekçesiyle Komiteye başvurmuştur. Ancak Komite, başvuranın bu iddialarını kabul etmemiştir. Komite, başvuranın inancından ya da kanaatlerinden dolayı değil askerlik hizmeti yapmayı reddetmesinden dolayı yargılandığını ve mahkum olduğunu, sözleşmenin ise vicdani ret hakkını açıkça tanımadığını beyan etmiştir²⁴. Komite ayrıca sözleşmenin zorla çalıştırma yasağını ve bunun istisnalarına yer veren 8. maddesinin 3. fıkrasının c(ii) bendine²⁵ gönderme yaparak, ne 18. maddenin ne de 19. maddenin vicdani ret hakkını ima eder şekilde bile yorumlanmasının mümkün olmayacağına karar vermiştir. Bu nedenle başvuranın iddialarının sözleşme hükümleri ile bağdaşmasının mümkün olmayacağı bildirilerek başvurunun kabul edilemez olduğuna hükmedilmiştir²⁶.

Komite, yine Finlandiya'ya karşı yapılan *Aapo Järvinen v. Finlandiya* başvurusunda²⁷ *L.T.K. v. Finlandiya* başvurusundaki içtihadını tekrarlamış ve sözleşmenin askerlik hizmeti yapmayı reddeden bireylere sözleşmeci bir devletin vicdani retçi statüsünü garanti etmediği yönündeki görüşünü teyit etmiştir. Söz konusu kararda Finlandiya vatandaşı olan 1965 doğumlu Aapo Järvinen, sözleşmenin 26. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle Komiteye başvurmuştur²⁸. Finlandiya'da 1986 yılının sonlarına kadar, dini ya da ahlaki nedenlerle zorunlu askerlik hizmeti yapmak istemeyenlere barış zamanının

24 L.T.K. v. Finlandiya, paragraf. 5.2.

25 BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 8. maddesi zorla çalıştırma ve köleliği yasaklayan hükümleri içermektedir. 8. maddenin 3 c (ii) hükmü; askeri nitelikteki herhangi bir hizmeti ve bu hizmete katılmayı vicdani bakımdan reddetme hakkının tanındığı ülkelerde de bu hakkı kullananlardan yasal olarak istenen herhangi bir ulusal hizmetin, zorla ya da zorunlu çalıştırma kapsamında değerlendirilemeyeceğini düzenlemektedir.

26 L.T.K. v. Finlandiya, paragraf. 7.

27 Järvinen v. Finlandiya, başvuru no. 295/1988.

28 Järvinen v. Finlandiya, paragraf. 1.

da silahlı kuvvetlerde askeri nitelikte olmayan ya da silahlı kuvvetler dışında sivil hizmet yapmalarına izin veriliyordu. Ancak askerlik hizmetinin süresi sekiz ay olmasına rağmen silahlı kuvvetlerde askeri nitelikte olmayan görev yapması halinde alternatif hizmetin süresi onbir aydı. Alternatif sivil hizmetin süresi bu hizmetin hastanelerde ya da mahalli idarelerde yerine getirilmesi durumunda ise oniki aya kadar uzamaktaydı²⁹. 1986 yılının sonunda yapılan değişiklikle alternatif hizmetin süresi onaltı aya kadar çıkartılmıştır³⁰.

Aapo Järvinen v. Finlandiya kararında Komite, Finlandiya hükümetinin vicdani ret hakkını tanıyıp tanımadığını değil, zorunlu askerlik hizmetine alternatif olarak yapılan sivil hizmetin süresinin askerlik hizmeti süresinden uzun olmasının sözleşmeye uygunluğunu denetlemiştir. Finlandiya'da askerlik hizmetinin süresi sekiz ay olmasına rağmen sivil hizmetin süresi, yukarıda da bahsedildiği gibi, oniki aydan onaltı aya kadar uzanan daha uzun bir süreyi kapsamaktaydı. Başvuran alternatif hizmeti seçenlerin onaltı ay hizmet yapması gerekirken askerlik hizmeti yapanların sekiz ay hizmet yapmalarının ayrımcılık oluşturduğunu iddia etmiştir. Zorunlu askerlik hizmetinin iki katı olan onaltı aylık sivil hizmet süresinin orantısız şekilde uzun olduğuna işaret eden başvuran daha uzun süreli sivil hizmetin meşru olmadığına ve ayrımcılık oluşturduğuna vurgu yapmıştır³¹. Başvuran ayrıca diğer Batı Avrupa ülkelerinden de örnekler vererek alternatif sivil hizmetle zorunlu hizmetin süresinin aynı uzunlukta olduğuna, sadece bir ülkede yarısı oranında daha uzun olduğuna hatta Polonya ve Macaristan da bile alternatif sivil hizmet imkanının aynı koşullarda tanındığına dikkat çekmiştir³². Daha uzun süreli alternatif sivil hizmetin makul ve objektif kriterlere dayanmadığına işaret eden başvuran, daha uzun süreli alternatif hizmetin cezalandırıcı nitelikte olduğuna işaret etmiştir. Komitenin *L.T.K. v. Finlandiya* kararına göndermede bulunan Finlandiya Hükümeti ise, taraf devletlerin alternatif sivil hizmet imkanı sağlama konusunda bir zorunluluk altında olmadıklarına, şayet bu imkanı tanırlar ise kendilerinin alternatif hizmetin şartlarını belirlemede serbest olduklarına ve bu şartların da sözleşmeyi ihlal etmeyeceğini iddia etmiştir³³. Başvuranın ve taraf devletin iddiaların dinleyen Komite, başvuranın iddiasını kabul etmemiştir. Söz konusu kararında Komite, Finlandiya'da bireylerin askerlik ya da sivil hizmet yapma zorunluluğu olmasına rağmen daha uzun süreli sivil hizmetin sözleşmenin 8. maddesine aykırılık oluştur-

29 Järvinen v. Finlandiya, paragraf. 2.1.

30 Järvinen v. Finlandiya, paragraf. 2.2.

31 Järvinen v. Finlandiya, paragraf. 3.1.

32 Järvinen v. Finlandiya, paragraf. 3.3.

33 Järvinen v. Finlandiya, paragraf. 4.1.

mayacağına hükmetmiştir. Komiteye göre sözleşmenin 8. maddesi açıkça “askeri nitelikteki herhangi bir hizmetin” ve “hizmete katılmayı vicdani bakımdan reddetme hakkının tanındığı ülkelerde de bu hakkı kullananlardan yasal olarak istenen herhangi bir ulusal hizmetin” zorla ya da zorunlu çalıştırma sayılmayacağını bildirmiştir. Diğer yandan Komite, özel şartlarda yerine getirilmesi gereken alternatif sivil hizmetin eşitlik ilkesini düzenleyen sözleşmenin 26. maddesine aykırılık oluşturup oluşturmadığını incelemiş ve bu bağlamda ayrımcılık oluşturmamak koşuluyla sözleşmeciler devletlerin daha uzun süreli alternatif sivil hizmet sunmalarının 26. maddeye aykırılık oluşturmayacağına karar vermiştir. Komiteye göre; 26. madde ayrımcılığı yasaklamasına ve herkese eşit koruma sağlamasına rağmen, sözleşme farklı muamelelerin her türlüünü yasaklamamaktadır. Komiteye, makul olmak ve objektif ölçülere dayanmak koşuluyla 26. maddenin farklı muamelelere izin verdiğine işaret etmiştir. Bu bağlamda askerlik hizmetinden daha uzun süreli alternatif sivil hizmetin makul olduğu düşünülebileceğinden ve cezalandırıcı bir nitelik taşımadığından dolayı Komite, sözleşmenin ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir³⁴.

Komite *Aapo Järvinen v. Finlandiya* kararını takip eden bir sonraki *J.P. v. Kanada* kararında³⁵ ise önceki başvurulardan farklı olarak vicdani nedenlerle vergi borcunun bir kısmını ödemek istemeyen *Quaker* üyesinin başvurusunu incelemiştir. Başvuran Kanada Gelir Vergisi Kanunu’na göre tahakkuk etmiş vergilerin belli bir yüzdesinin askeri harcamalar için ayrılmasının kendisinin din ve vicdan özgürlüğünü ihlal edeceğini iddia etmiştir. Komite, vicdani nedenlerle vergi borcunun ödenmesinin reddedilmesinin sözleşmenin 18. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmesine rağmen, askeri aktiviteler ve harcamalar karşısındaki vicdani ret hakkının kesinlikle sözleşmenin 18. maddesi tarafından korunduğu kararını almıştır. İlgili kararda Komite, 1993 tarihli 22 No’lu Genel Yorumu gönderme yaparak iddiasını desteklemiştir. Komiteye göre; birçok kişi 18. maddeden kaynaklanan haklarını ileri sürerek vicdani ret hakları olduğunu dile getirmektedir. Bu tarz taleplere cevaben, çok sayıda devlet dinleri veya inançları gereği gerçekten de askerlik hizmetinde bulunmaları yasaklanan kişileri bu hizmetten muaf tutmakta ve askerlik hizmeti yerine farklı ulusal hizmetler öngörmektedir. Sözleşme açıkça vicdani ret şeklinde bir hakka yer vermemektedir; ancak Komite’ye göre öldürücü silah kullanma zorunluluğunun, inanç özgürlüğü ve dini veya inancı ortaya koyma hakkıyla ciddi şekilde çatışması durumunda 18. maddenin bu şekilde bir hakka yer verdiği düşünülebilir. Bu hak, hu-

³⁴ Järvinen v. Finlandiya, paragraf. 6.1, 6.6.

³⁵ J.P. v. Kanada, başvuru no. 446/1991.

kuken veya uygulamada tanındığı takdirde, vicdani retçiler arasında belirli inançların içeriğine dayanılarak bir ayırım yapılmayacaktır; benzer şekilde vicdani retçilere karşı askerlik hizmetini yerine getirmedikleri gerekçesiyle herhangi bir ayırım yapılmamalıdır.

Vicdani ret nedeniyle vergi borcunun ödenmek istenmemesi ile ilgili diğer bir başvuru ise Hollanda'ya karşı yapılan *J. K. ve C. M. G. v. K.-S. v. Hollanda* başvurusu ile ilgili olarak Komitenin önüne gelmiştir³⁶. Söz konusu olayda Hollanda vatandaşı olan başvuranlar nükleer silah kullanımı karşısında vicdani retçi olup, içinde nükleer silahların tedarik ve bakım masraflarını da içeren askeri harcamalarda kullanılacağı için 1983 yılına ait vergi borçlarının bir kısmını ödemeyi reddetmişlerdir. Kendilerine tahakkuk eden vergi borcunun 572 Hollanda guldenini vergi borcundan çıkarıp, bu miktarı, Hollanda'da bulunan bir barış fonunun hesabına yatırılmıştır. Başvuranlar, zorunlu askerlik hizmeti karşısında vicdani retçi olduklarını belirtip özel fona ödeme konusunda istekli olduklarını vurgulamışlardır³⁷. Ancak vergi müfettişleri bunların itirazlarını reddetmişlerdir. Lahey mahkemesine yaptıkları başvurunun reddedilmesi üzerine yaptıkları temyiz başvurusu Hollanda Yüksek Mahkemesi tarafından kanunların vergi ödevi karşısında vicdani red hakkını tanımadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuran içinde nükleer silah masraflarının da bulunduğu askeri harcamalar için vergi ödemeye zorlanmasının sözleşmenin 18. maddesinde güvence altına alınan vicdan özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle Komiteye başvurmuştur³⁸. Komite, bu başvuru ile, askeri harcamalara gideceği için vergi borcunu ödemenin 18. maddenin kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini inceleme fırsatını elde etmiştir. Komite, kesinlikle 18. maddenin zorunlu askerlik hizmeti ve askeri harcamalar karşısında vicdani ret hakkını koruduğunu belirtmesine rağmen, vicdani ret nedeniyle vergi borcunu ödemeyi reddetmenin 18. maddenin kapsamı içinde değerlendirilemeyeceğini bildirip başvurunun kabul edilemezliğine karar vermiştir³⁹.

Vergi borcunun askeri harcamalara gitmemesi ile ilgili bir diğer başvuru da Alman vatandaşı olan *K. V. ve C. V. 'nin Almanya'ya karşı yaptıkları başvuruda* Komitenin önüne gelmiştir⁴⁰. *Quaker* üyesi olan başvuruçular 7 Mayıs 1985 tarihinde yetkili vergi makamlarına başvurarak 1983 yılına ait

36 J. K. ve C. M. G. v. K.-S. v. Hollanda, başvuru no. 483/1991.

37 J. K. ve C. M. G. v. K.-S. v. Hollanda, paragraf. 2.1.

38 J. K. ve C. M. G. v. K.-S. v. Hollanda, paragraf. 3.

39 J. K. ve C. M. G. v. K.-S. v. Hollanda, paragraf. 4.

40 K. V. ve C. V. v. Almanya, başvuru no. 568/1993.

gelir vergilerinin, kendi hesaplarına göre Alman askeri harcamalarına gidecek olan % 8.3 lük kısmının, vergi borcundan indirilmesi talebinde bulunmuşlardır. Ancak yetkili vergi otoriteleri tarafından bu başvuruları reddedilmiştir. Yargı aşamasında Anayasa Mahkemesine kadar götürdükleri başvuruları temelsiz olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir⁴¹. Alman Mahkemeleri yukarıda incelemiş olduğumuz 446/ 1991 nolu J.P. v. Kanada ve 483/1991 nolu J.v.K ve C.M.G. v. K.-S v. Hollanda başvurularının Komite tarafından kabul edilemez bulunduğuna işaret ederek ilgililerin başvurusunu reddetmiştir. Ancak başvuranlar Komiteye yaptıkları başvuruda Komitenin önceki kararlarına katılmadıklarını belirtip taleplerinin kabul edilmesi konusunda öncekilerden daha güçlü nedenlerinin olduğunu belirtmişlerdir. Başvuranlar özellikle Almanya gibi bir kısım ülkelerde ödenen vergilerin önemli bir kısmının askeri harcamalara gittiği üzerinde durup, bu taleplerinin 18. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini iddia etmişlerdir. Ancak Komite, yukarıdaki içtihatlarından ayrılmasını gerektirecek güçlü deliller bulunmadığı için başvuranların talebini reddetmiş ve başvurunun kabul edilemezliğine karar vermiştir⁴².

Vicdani red konusu ile ilgili olarak Komitenin önüne gelen bir diğer olay ise H.A.G.M *Brinkhof v. Hollanda* kararıdır⁴³. Söz konusu karar ile Komite ilk kez 22. No'lu Genel Yorumda yer alan ilkeler konusundaki anlayışını açık seçik bir şekilde ortaya koyma imkanına sahip olmuştur. Söz konusu başvuruda Komite, vicdani red hakkını ve zorunlu askerlik hizmeti yerine alternatif sivil hizmet imkanı tanıyan ülkelerin bir kısım özel grupları sivil hizmetten muaf tutmasına ilişkin düzenlemelerin sözleşmenin ayrımcılık yasağını düzenleyen 26. maddesine aykırılık oluşturup oluşturmayacağını incelemiştir. Olay Komitenin önüne Hollanda hukukuna göre Yehova Şahitlerinin zorunlu askerlik hizmetinden ve alternatif sivil hizmetten muaf tutulması dolayısıyla gelmiştir. 1962 doğumlu Hollanda vatandaşı olan başvuran hem zorunlu askerlik hizmeti hem de alternatif sivil hizmet karşısında vicdani retçi olduğunu beyan etmiş ve Hollanda hükümeti tarafından sözleşmenin 6., 7., 8., 14., 18., ve 26. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir⁴⁴. Söz konusu olayda başvuran askerlik hizmetine başlamak üzere belirlenmiş olan özel günde birliğine teslim olmamıştır. Bunun üzerine başvuran tutuklanmış ve askeri kışlaya zorla götürülmüştür. 21 Mayıs 1987 tarihinde yargılanmış ve Askeri Ceza Kanunu'nun 23. ve 114. maddelerini ve Ceza

41 K. V. ve C. V. v. Almanya, paragraf. 2.3.

42 K. V. ve C. V. v. Almanya, paragraf. 4.3.

43 H.A.G.M. *Brinkhof v. Hollanda*, başvuru no. 402/1990.

44 H.A.G.M. *Brinkhof v. Hollanda*, paragraf. 1.

Kanunu'nun 27. maddesini ihlalden suçlu bulunmuş ve altı ay hapis cezasına mahkum edilmekle birlikte askerlik hizmetinden de azl edilmiştir⁴⁵. Başvuran Askeri Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri gereğince Yehova Şahitlerinin kovuşturulmamasına rağmen diğer vicdani retçilerin kovuşturulmasının Sözleşmenin 26. maddesinin ihlalini oluşturacağını iddia etmiştir⁴⁶. Başvuran savunmasında ayrıca kendisinin askerlik hizmetine zorlanarak barışa ve soykırıma karşı yönelmiş olan suçların suç ortağı haline geleceğini ve kendisinin nükleer silah kullanmaya zorlanacağını nükleer silah kullanmanın ise hukuka aykırı olacağını iddia etmiştir⁴⁷. Bu nedenle başvuran vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir. Hollanda hükümeti ise savunmasında ilk olarak Yehova Şahitlerinin 1974 yılından beri zorunlu askerlik hizmetinden muaf tutulduklarını dile getirmiştir. Hükümet savunmasında ikinci olarak Yahavo Şahitlerinin samimi vicdani kanaatleri nedeniyle askerlik hizmetinden muaf tutulmayı gerektirecek güçlü delillerinin olduğunu dolayısıyla otomatik olarak zorunlu askerlik hizmetinden muaf tutulduklarını beyan etmiştir. 20 Kasım 1992 tarihli savunmasında taraf hükümet Yehova Şahitleri ile diğer vicdani retçiler arasındaki farklılığın objektif ve makul kriterlere dayandığını iddia etmiştir. Komite, Yehova Şahitlerinin katı davranış kuralları ile birbirine sıkı sıkıya bağlı bir sosyal grup olduğuna işaret edip zorunlu askerlik hizmetinden ve alternatif hizmetten muaf tutulma konusunda çok güçlü delilleri olan bu grup ile diğer vicdani retçiler arasında ayırım yapılmasının makul ve objektif ölçülere dayandığı yönündeki Hollanda Hükümetinin görüşüne dikkat çekmiştir. Ayrıca Komite, diğer vicdani retçilerin askerlik hizmeti ya da alternatif hizmetten birini seçmek zorunda olduklarını, bunu reddetmeleri durumunda ise yargılanacaklarını, tutuklanacaklarını hatta hapse mahkum edilebileceklerine dikkat çekmiştir⁴⁸. Komite, sonuç olarak sadece belli bir vicdani retçi grubun istisna tutulmasının ve istisnanın diğerlerine uygulanmamasının makul olmadığına işaret etmiştir. Bu bağlamda 22 No'lu Genel Yorumun 18. maddesine gönderme yapan Komite, Sözleşmeciler devlet tarafından vicdani ret hakkının hukuken veya uygulamada tanındığı takdirde, vicdani retçiler arasında belirli inançların içeriğine dayanılarak bir ayırım yapılmaması gerektiğine işaret etmiştir. Buna rağmen Komite, sözkonusu olayda, başvuranın bir pasifist olarak inançlarının Hollanda'da ki alternatif hizmetle uyummadığını ve Yehova Şahitlerine ayrıcalıklı davranılmasının kendisinin zorunlu askerlik hizmeti karşısındaki vicdani ret hakkını

45 H.A.G.M. Brinkhof v. Hollanda, paragraf. 2.1.

46 H.A.G.M. Brinkhof v. Hollanda, paragraf. 3.3

47 H.A.G.M. Brinkhof v. Hollanda, paragraf. 3.6. ve 3.7.

48 H.A.G.M. Brinkhof v. Hollanda, paragraf. 9.2.

etkilediğini gösteremediği kanaatindedir. Bu nedenle Komite Brinkhof'un sözleşmenin 26. maddesinin ihlalinin mağduru olmadığı sonucuna varmıştır⁴⁹.

Komitenin 22 No'lu Genel Yorumu uygulama imkanı bulduğu bir diğer olay ise yine Hollanda'ya karşı yapılan *Westerman v. Hollanda* başvurusudur⁵⁰. 1961 doğumlu Hollanda vatandaşı olan başvuran Paul Westerman, sözleşmenin 15. ve 18. maddelerinin Hollanda hükümeti tarafından ihlal edildiği gerekçesiyle Komiteye başvurmuştur. Westerman Başvurusunda kendisinin vicdani retçi olduğunu ancak Askerlik Hizmeti Kanunu'na (Military Service Act) göre vicdani retçi olarak tanınmak üzere yaptığı başvurunun Hollanda makamları tarafından reddedildiğini belirtmiştir. Bundan dolayı başvuran askerlik hizmeti yapmak zorunda kalmıştır⁵¹. Bunun üzerine Savunma Bakanlığına ve Hollanda Danıştay'ına yaptığı başvuru reddedilmiştir. Askerliğin başında askeri üniforma giymeyi reddetmiş ve total retçi olmasından dolayı her türlü askeri hizmete karşı olduğunu beyan etmiştir. Kendisine itaatsizliğin suç olduğunu hatırlatılmasına rağmen her türlü askeri emri reddetmekte ısrar etmiştir⁵². Daha sonra askeri mahkeme tarafından yargılanmış ve Askeri Ceza Kanunu'na aykırı davranışından dolayı suçlu bulunmuş ve dokuz ay hapis cezasına mahkum olmuştur. Başvuran iç başvuru yollarının tüketilmesi üzerine sözleşmenin 18. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle Komiteye başvurmuştur. Başvuran Komiteye karşı yaptığı başvuruda askerliğin tabiatının insanlığın ulaşmak istediği moral değerlerle çeliştiği düşüncesinde olduğunu dile getirip, mahkumiyetin sözleşmenin 18. maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir⁵³. Komitenin önceki içtihatlarına gönderme yapan Hollanda hükümeti, sözleşmenin zorunlu askerlik hizmetini dışlamadığına işaret etmiştir. Sözleşmeye göre sözleşmeciler devletlerin zorunlu askerlik hizmeti karşısında vicdani ret hakkı tanıyıp tanımayacakları konusunda takdir yetkisine sahip olduklarına değinmiştir. Bu nedenle Hollanda hükümeti askeri hizmetin gereklerinin yerine getirilmesinin istenmesinin 18. maddeyi ihlal etmeyeceğini dile getirmiştir⁵⁴. Başvuranın iddiaların inceleyen Komite, vicdan özgürlüğünün kanun tarafından tanınan bütün yükümlülüklerin reddi hakkına imkan tanıyacağını ima etmeyeceği gibi her türlü red karşısında cezai sorumluluktan başışıklık sağlamayacağına da işaret etmiştir.

49 H.A.G.M. Brinkhof v. Hollanda, paragraf. 9.3

50 *Westerman v. Hollanda*, başvuru no. 682/1996.

51 *Westerman v. Hollanda*, paragraf. 2.1.

52 *Westerman v. Hollanda*, paragraf. 2.2.

53 *Westerman v. Hollanda*, paragraf. 3.2.

54 *Westerman v. Hollanda*, paragraf. 6.4.

Vicdani red hakkının sözleşmenin 18. maddesinden kaynaklandığı yönündeki 22. No'lu Genel Yorumu gönderme yapan Komite, öldürücü güç kullanmayı zorlayan düzenlemelerin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile çelişeceğine değinmiştir. Komite, Hollanda hukukuna göre vicdani retçi olarak tanınmak için belli bir prosedür olduğuna işaret etmiştir⁵⁵. 22 No'lu Genel Yorum kapsamında Hollanda hükümetinin iddialarını irdeleyen Komite, başvuranın şiddet kullanılmasından dolayı askerlik hizmetine karşı olduğunu gösteren karşı çıkılmaz vicdani itirazlarının olduğu konusunda Hollanda hükümeti yetkililerini tatmin edemediğine değinip 18. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır⁵⁶. Ancak Komite üyeleri P. Bhagwati, L. Henkin, C. Medina Quiroga, F. Pocar and M. Scheinin yazdıkları karşı oylarında çoğunluk görüşüne karşı çıkıp 18. maddenin ihlal edildiği yönünde oy kullanmışlardır. Karşı oy yazısında üyeler, başvuranın vicdani retçi olarak tanınmak için gösterdiği delillerin sözleşmenin 18. maddesi kapsamında düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün meşru kullanımı içinde olduğuna işaret etmişlerdir. Başvuranın sözleşmecî devlet tarafından vicdani retçi olarak tanınmaması ve belli bir süre hapis cezasına mahkum edilmesi konusunda meşru nedenler gösteremediğine değinen üyeler, 22 No'lu Genel Yorumun 11. paragrafına göndermede bulunarak vicdani retçiler arasında belirli inançların içeriğine dayanılarak bir ayırım yapılmasının sözleşmenin 18. maddesine aykırılık olacağına değinmişlerdir. Yine Komite üyesi H. Solari Yrigoyen, karşı oy yazısında çoğunluk görüşüne katılmayıp başvuranın 18. madde kapsamında düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün ihlal edildiği yönünde görüş bildirmiştir. Yrigoyen, şiddet kullanılmasının mümkün olmadığı barış zamanında askerlik hizmetinden muaf tutulmak için total retçi olmanın fiilen imkansız olduğuna işaret etmiştir. Komitenin vicdani red hakkının düşünce, vicdan ve din özgürlüğü tezahürü olarak gören açıklamalarına işaret eden Solari Yrigoyen, başvuranın 18. maddeden kaynaklanan özgürlüğünün ihlal edildiğine değinmiştir.

Zorunlu askerlik hizmeti karşısında tanının alternatif sivil hizmetin uzunluğunun vicdan özgürlüğünü ihlal edeceği gerekçesiyle yapılan bir diğer başvuru da 1966 doğumlu Fransız vatandaşı olan Frédéric Foin'in Fransa aleyhine yaptığı başvurudur⁵⁷. Başvuran 1988 yılında vicdani retçi olarak tanınıp alternatif sivil hizmette bulunmak üzere Camargue ulusal milli parkına sivil memur olarak görevlendirilmiştir. Sivil hizmete başlamasından tam bir yıl sonra 23 aralık 1989 tarihinde iş yerini terk etmiş ve zorunlu askerlik

⁵⁵ Westerman v. Hollanda, paragraf. 9.3.

⁵⁶ Westerman v. Hollanda, paragraf. 9.5.

⁵⁷ Frédéric Foin v. Fransa, başvuru no. 666/1995.

hizmetinin süresinin bir yılı geçmemesine rağmen alternatif sivil hizmetin süresinin iki yıllık bir süreyi kapsadığını belirterek ayrımcılık yapıldığını iddia etmiştir. Bu eyleminden sonra, bay Foin Marseille Ceza Mahkemesi tarafından barış zamanında firar suçundan yargılanmış, tecil edilmiş sekiz aylık hapis cezasına çaptırılmış ve vicdani retçi statüsü de elinden alınmıştır. Mahkeme başvuranın yapmış olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 4 (3) (b), 9, 10 ve 14 . maddelerine aykırılık iddialarını da reddetmiştir. Mahkemenin kararı hem savcı hem de başvuran tarafından istinaf mahkemesine götürülmüştür. İstinaf mahkemesi başvuranı barış zamanında firar suçundan suçlu bulmuş ve ona tecil edilmiş altı aylık hapis cezası vermiştir. Başvuranın 14 Aralık 1994 tarihinde yaptığı temyiz başvurusu temyiz mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Temyiz mahkemesi İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin ve BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin ilgili hükümlerine gönderme yaparak, bu sözleşmelerin zorunlu askerlik hizmetinden daha uzun bir alternatif sivil hizmeti yasaklamadığını, dolayısıyla başvuranın temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmediği kararına varmıştır⁵⁸. Bunun üzerine Frédéric Foin zorunlu askerlik hizmetinin iki katı olan sivil hizmetin uzunluğunun sözleşmenin 18., 19., ve 26. maddelerine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle Komiteye başvurmuştur. Başvuruda daha uzun süreli alternatif sivil hizmet süresinin iki kat uzunluğunun herhangi bir makul ve objektif kritere dayanmadığından dolayı cezalandırıcı nitelikte olduğuna işaret etmiştir⁵⁹. Başvuran, iddiasını desteklemek için İtalyan Anayasa Mahkemesinin, alternatif sivil hizmetin uzunluğunu askerlik hizmetinden sekiz ay daha fazla uzun olmasını İtalyan Anayasasına aykırı bulan 1989 tarihli kararına göndermede bulunmuştur. Ayrıca başvuran Avrupa Parlamentosunun İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesi ile ilgili olarak almış olduğu 1967 tarihli önergesine gönderme yaparak, alternatif sivil hizmetin süresinin askerlik hizmeti süresinden uzun olmaması gerektiğine işaret etmiştir. Ek olarak başvuran Avrupa Parlamentosu Bakanlar Komitesinin alternatif sivil hizmetin cezalandırıcı nitelikte olmaması ve alternatif sivil hizmetin süresinin zorunlu askerlik hizmeti ile ilgili olarak makul sınırlar içinde olması gerektiği yönündeki 1987 tarihli R(87)8 nolu tavsiye kararına değinmiştir. Son olarak başvuran BM İnsan Hakları Komisyonu 1987/46 sayılı önergesine göndermede bulunarak vicdani ret hakkının sözleşme kapsamında açıkça düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün yasal kullanımı olarak değerlendirildiğine vurgu yapmıştır⁶⁰. Yuka-

58 Frédéric Foin v. Fransa, paragraf. 2.1, 2.2, 2.3.

59 Frédéric Foin v. Fransa, paragraf. 3.3.

60 Frédéric Foin v. Fransa, paragraf. 3.4.

rdaki gerekçelerle başvuran askerlik hizmetinin iki katı kadar bir alternatif sivil hizmete mecbur tutulması ve bunu reddetmesi durumunda ise hapis cezasına mahkum olmasının sözleşmenin 18., 19. ve 26. maddelerine aykırılık oluşturduğunu iddia etmiştir. Fransız hükümeti ise savunmasında ilk olarak başvurunun *L.T.K. v. Finlandiya* kararına gönderme yaparak, sözleşmenin ne 18. ne de 19. maddelerinin ve özellikle 3. maddenin (c) (ii) bendi dikkate alındığında vicdani ret hakkının konu bakımından sözleşme ile uyumlu olmadığını vurgulamıştır⁶¹. Fransız hükümeti ikinci olarak, vicdani retçi statüsü tanınarak başvuranın vicdani kanaatleri doğrultusunda seçimlik bir hak olarak alternatif sivil bir hizmette çalışma imkanına sahip olduğu dolayısıyla kendisinin bir mağdur olarak nitelendirilmeyeceğine değinmiştir. Bu bağlamda 185/1984 nolu başvuruya atıfta bulunan taraf devlet başvuranın düşünce ve inançlarından dolayı değil, atanmış olduğu sivil hizmeti terk etmesinden dolayı tutuklandığını ve hapsedildiğini dolayısıyla sözleşmenin 18. ve 19. maddelerinin bir mağduru olarak değerlendirilmesinin mümkün olmayacağına vurgu yapmıştır⁶². Alternatif sivil hizmetin uzunluğunun askeri hizmetin süresinden iki kat uzun olması dolayısıyla sözleşmenin 26. maddesinin ihlal edildiği iddiası ile ilgili olarak ise taraf devlet, sözleşmenin ayrımcılığı yasakladığı ve herkese hukuk karşısında eşit koruma sağladığını ancak her türlü ayrı muameleyi yasaklanmadığına değinmiştir. 196/1985 nolu *Gueye v. Fransa* başvurusuna atıfta bulunan taraf devlet, makul ve objektif kriterlere dayanmak koşuluyla bir kısım ayrı muameleler yapılabileceğine işaret etmiştir. Bu iddiasında taraf devlet özellikle alternatif sivil hizmet yapmakta olan vicdani retçilerin durumu ile zorunlu askerlik hizmeti yapanların durumunun farklılık gösterdiğine, özellikle askerlik hizmetindeki ağır kısıtlamalara vurgu yaparak farklı muamelelerin ayrımcılık oluşturmayacağına işaret etmiştir. Bu kararı desteklemek için *Järvinen v. Finlandiya* kararına atıfta bulunan devlet, askerlik hizmeti süresinin sekiz ay olmasına rağmen sivil hizmetin süresinin onaltı ay olarak öngörülmesinin mantıksız ve cezalandırıcı nitelikte görülmediğine işaret etmiştir. Bundan dolayı taraf devlet farklı durumlarda olanlara farklı davranılmasının ayrımcılık oluşturmayacağını iddia etmiştir⁶³. İddiaları inceleyen Komite ise, ilk olarak taraf devlet tarafından ileri sürülen başvuranın sözleşmenin 18. maddesinin mağduru olmadığı konusuna değinmiştir. Başvuranın askerlik hizmeti karşısında yapılacak olan alternatif sivil hizmeti seçme konusunda bir şansının olmadığına da vurgu yapan Komite, 22 No'lu Genel Yorumu da gönderme yaparak,

61 Frédéric Foin v. Fransa, paragraf, 4.1.

62 Frédéric Foin v. Fransa, paragraf, 4.2.

63 Frédéric Foin v. Fransa, paragraf. 4.3.

vicdani ret hakkının sözleşmenin 18. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Komite, ikinci olarak, başvuranın daha uzun süreli bir alternatif hizmete mecbur tutulmasının sözleşmeye aykırılık oluşturup oluşturmayacağını incelemiştir. Bu bağlamda Komite, sözleşmenin 8. maddesine işaret ederek ayrımcılık oluşturmamak koşuluyla taraf devletlerin vicdani retçilere zorunlu askerlik hizmeti yerine alternatif sivil hizmet imkanı sunabileceğini belirtmiştir. Başvuranın Fransız hukukuna göre alternatif sivil hizmetin süresinin 24 ay olmasına karşın askerlik hizmeti süresinin 12 ay olduğu ve bunun ayrımcılık oluşturduğu yönündeki iddiasının sözleşmenin 26. maddesinde güvence altına alınmış olan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturup oluşturmayacağını özellikle irdelemiştir. 26. maddenin her türlü farklı muameleyi yasaklamadığı yönündeki görüşünü tekrarlayan Komite, ancak bu farklı muamelelerin makul ve objektif kriterlere dayanması gerektiğine değinmiştir. Bu bağlamda Komite askerlik hizmeti ile sivil hizmet arasında, bu hizmetin doğasından kaynaklanan nedenlerle ya da o sivil hizmeti gerçekleştirmek için özel eğitim gerektiren durumlarda makul ve objektif kriterlere dayanmak koşuluyla farklı süreler öngörülebileceğine değinmiştir. Söz konusu olayda Komite, taraf devlet tarafından ileri sürülen gerekçelerin bu kriterlere dayanmadığını, başvuranın iddiaları ile ilgili olarak Fransız hükümetinin özel referanslar göstermeyerek genel kriterlere dayandığını ve alternatif sivil hizmetin süresinin iki kat uzun olmasının başvuranın samimiyetini sorgulamaya yönelik olduğuna işaret etmiştir. İlgili olayda var olan farklı davranışların makul ve objektif kriterlere dayanmadığı görüşünde olan Komite, başvuranın vicdani kanaatlerinden dolayı ayrımcılığa uğradığına işaret ederek, Sözleşmenin 26. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁶⁴. Komite üyeleri Nisuke Ando, Eckart Klein ve David Kretzmer çoğunluk görüşüne katılmayıp karşı oy kullanmışlardır. Karşı oy yazısında özellikle zorunlu askerlik hizmeti ile alternatif sivil hizmet arasında varolan ayrılığın makul ve objektif ölçülere dayanıp dayanmadığını inceleyebilmek için ilgili bütün olayların göz önünde bulundurulması gerektiğine değinilmiştir. Özellikle alternatif sivil hizmetin koşullarının askerlik hizmetinin koşullarından oldukça farklılık gösterdiği üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda ilk olarak askerlerin herhangi bir tercih imkanına sahip olmadan askeri göreve atandıkları, oysa vicdani retçilerin geniş bir alanda seçme imkanına sahip olduklarına, isterse kendi profesyonel işlerini seçme imkanına sahip olduklarına işaret edilmiştir. Ayrıca, vicdani retçilerin alternatif sivil hizmet sırasında askeri hizmetlerde görev alanlardan daha fazla ücret aldıkları ve askeri hizmetin alternatif sivil hizmette olmayan, gece ve gündüz, katı askeri disiplin

64 Frédéric Foin v. Fransa, paragraf. 10.3.

lin kuralları gibi ciddi sorumluluklar taşıdığına ve askeri faaliyetler sırasında ölüm ve yaralanma riski taşıdıklarına işaret edilerek alternatif sivil hizmet ile askeri hizmet arasındaki süre farklılığının makul ve objektif olduğuna değinilerek 26. maddenin ihlal edilmediği yönünde oy kullanmışlardır⁶⁵.

Alternatif sivil hizmetin süresinin askeri hizmetten uzun olmasının vicdan özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirildiği bir diğer başvuruda, yine Fransaya karşı bir Fransız vatandaşı olan Richard Maille'nin yaptığı *Maille v. Fransa* başvurusudur⁶⁶. Söz konusu olayda başvuran vicdani retçi olarak tanınmış ve iki yıllık alternatif sivil hizmete başlamıştır. Ancak yaklaşık bir yıl sonra görev yerini terk etmiş ve bir önceki kararda olduğu gibi aynı suçtan yargılanmış ve 15 gün hapis cezasına çaptırılmıştır. İstinaf mahkemesi tarafından da aynı karar tekrarlanmıştır. Ancak başvuran bir sonuç alamayacağı için Temyiz Mahkemesine başvurmamış ve sözleşmenin 18., 19., ve 26 maddelerinin ihlal edildiği gerekçesi ile Komiteye başvurmuştur. Olayı inceleyen Komite, *Frédéric Foin v. Fransa* kararındaki içtihadını tekrarlamış ve 26. maddenin ihlal edildiğine hemde *Frédéric Foin v. Fransa* kararında kullanmış olduğu paragrafı, hiçbir cümlesine, kelimesine ve noktalama işaretinde değişiklik yapmadan aynen kullanarak karar vermiştir⁶⁷. Bu sefer karşı oy yazan üyeler Nisuke Ando, Eckart Klein, David Kretzmer and Abdallah Zakhia karşı oy gerekçelerini tekrarlamadan *Frédéric Foin v. Fransa* kararındaki gerekçelerimizi aynen tekrarlıyoruz diyerek itirazlarını dile getirmişlerdir. Yine Fransaya karşı yapılan Venier ve Nicolas v. Fransa başvurusunda⁶⁸ Komite *Frédéric Foin v. Fransa* kararındaki aynı gerekçeyle 26. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Vicdani red hakkı ile ilgili olarak Komitenin önüne gelen son kararlardan biri ise, Güney Kore'ye karşı iki Yehova Şahidi Güney Kore vatandaşının yapmış olduğu *Yeo-Bum Yoon ve Myung-Jin Choi v. Güney Kore* başvurusudur⁶⁹. Birinci başvuran Yoon'a Askeri İdare tarafından askerlik için çağrı kağıdı yollanmıştır. Başvuranın dini inançları ve vicdani kanaatleri

⁶⁵ Frédéric Foin v. Fransa, Separate, Dissenting, Opinion of Members Nisuke Ando, Eckart Klein and David Kretzmer, paragraf. 4, 5 ve 6.

⁶⁶ Richard Maille v. Fransa, 689/1996.

⁶⁷ Richard Maille v. Fransa, paragraf. 10.4.

⁶⁸ Venier ve Nicolas v. Fransa, başvuru no. 690/1996, 690/1996.

⁶⁹ Yeo-Bum Yoon and Mr. Myung-Jin Choi v. Güney Kore, başvuru no. 1321/2004 ve 1322/2004. Kararın Türkçe çevirisi için. Bakınız. Çınar Özgür Heval, Üsterci Coşkun, Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İstanbul 2008, s. 337–353. Çev. Defne Orhun.

dolayısıyla askeri makamlara teslim olmayı öngörülen süre için reddetmiş ve bunun üzerine tutuklanarak Askerlik Yasası'nın 88. maddesi kapsamında suçlanmıştır. Yargılama sonucunda bir buçuk yıl hapis cezasına çaptırılmıştır. Doğu Seul Bölge Mahkemesi mahkumiyet kararını ve cezayı şu gerekçeyle onamıştır⁷⁰;

“Kişinin kişisel bir inançtan doğan vicdani kanaatine göre davranmak yönündeki içsel ödevinin, ulusun siyasi bağımsızlığını ve topraklarını, insanların yaşamını, bedenini, özgürlüğünü ve mülkünü korumak için gerekli olan ulusal savunma ödevinden dana değerli olduğu söylenemez. Üstelik, bu görevin yerine getirilmesinin beklenip beklenmeyeceği kararı özel kişiler değil, toplumdaki ortalama insanlar temel alınmak suretiyle verileceğinden, ‘vicdani retçi’ olarak adlandırılan ve yasalar tarafından getirilmiş olan askerlik ödevini, dini öğretilere dayanarak reddeden kişiler yerleşik yasalara aykırı bir şekilde askerlik hizmetine karşı çıkan davranışlarını haklı gösteremezler.”

Yüksek Mahkeme ise, çoğunluk kararıyla, aşağıdaki gerekçelerle hem mahkumiyeti hem de cezayı onaylamıştır.

“Yoo'nun vicdan özgürlüğü, ulusal güvenlik, yasaların korunması ve kamu düzeni veya esenliği açısından öyle gerektiği için kısıtlanıyorsa, bu anayasa tarafından izin verilmiş bir kısıtlama olacaktır...”

Vicdani red konusu daha sonra Güney Kore Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. Askerlik Yasasının 88. maddesine yönelik olarak ileri sürülen anayasaya aykırılık iddiasını Anayasa Mahkemesi şu gerekçeyle reddetmiştir⁷¹;

“Anayası'nın 19. maddesinde ifadesini bulan vicdan özgürlüğü, kişiye askerlik hizmetini reddetme hakkı tanımamaktadır. Vicdan özgürlüğü yalnızca, Devlet'ten, mümkün olan hallerde kişinin vicdanını gözetmesini ve vicdani nedenlerle reddetmesini ve korumasını talep etme hakkıdır ve dolayısıyla ne kişinin askerlik ödevini vicdani nedenlerle reddetmesine, ne de yasal bir ödevin yerine konmak üzere alternatif bir hizmet düzenlenmesini talep etmesine imkan tanıyan bir hak içermektedir. Bu yüzdendir ki, vicdan özgürlüğünden, alternatif hizmet düzenlenmesini talep hakkı çıkartılamaz. Anayasa, vicdan özgürlüğüne askerlik ödeviyle ilintili olarak mutlak bir üstünlük tanıyan hiçbir normatif ifade barındırmamaktadır. Askerlik hizmetine yönelik vicdani red, ancak ve sadece Anayasa'da böyle bir hakkın açıkça öngörülmesi halinde geçerli bir hak olarak tanınabilir.”

⁷⁰ Yeo-Bum Yoon and Mr. Myung-Jin Choi v. Güney Kore, paragraf. 2.3.

⁷¹ Yeo-Bum Yoon and Mr. Myung-Jin Choi v. Güney Kore, paragraf. 2.7.

Başvurucular daha sonra, cezai kovuşturma ve hapis cezasının yarattığı ıstırap gözönüne alındığında, taraf devlet'in zorunlu askerlik hizmetine alternatif bir hizmet sunmayarak, Sözleşmenin 18. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle Komiteye başvurmuşlardır.

Güney Kore hükümeti ise savunmasında, kendi özel koşulları göz önüne alındığında, ulusal güvenliğe zarar getirebilecek olması nedeniyle askerlik hizmetine yönelik vicdani reddin kısıtlanması gerektiğini öne sürmüştür. Taraf devlet ayrıca, kişinin iç vicdanını biçimlendirme ve tayin etme özgürlüğünün aksine, dini nedenlerle askerlik ödevini yerine getirmeye karşı çıkma özgürlüğü, sözleşmenin 18. maddesinde kabul edildiği haliyle, kişinin vicdani kanaatlerini pasif direniş yoluyla açıklama veya gerçekleştirme durumunda kamusal nedenlerle kısıtlanabileceğini iddia etmiştir⁷². Taraf devlet ek olarak Kuzey Kore ile aralarında var olan ilişkiye de değinerek içinde buldukları özel durumu gerekçe göstermiştir. Taraf devlet, dünyanın ikiye bölünmüş tek ulusu olarak, düşman Kuzey Kore Cumhuriyeti'yle karşı karşıya olmaktan doğan özel güvenlik koşulları altında, tüm vatandaşlarına askerlik hizmeti yükümlülüğü getiren genel askerlik hizmeti benimsendiğini vurgulamıştır. Bu nedenle, askerlik ödevi ve yükümlülüğünün eşitliği ilkesi Güney Kore açısından diğer herhangi bir ülkeye oranla çok daha fazla anlam taşımaktadır. Askerlik ödevinin yerine getirilmesinde eşitlik uygulanması yönündeki güçlü ihtiyaç ve beklentiler göz önüne alındığında, askerlik ödevine ilişkin istisnalara imkan tanımak, bilhassa toplumdaki her yolu deneyerek askerlik ödevinden kaçmaya çalışma eğilimleri düşünüldüğünde, ulusal askerlik sisteminin temelini baltalayarak ulusal güvenliğe büyük ölçüde zarar vererek sosyal birleşmeyi engelleyebilir⁷³. Taraf devlet ayrıca bir ulusun askerlik sisteminin ulusal güvenlik meseleleriyle doğrudan bağlantılı olduğunu ve azami ulusal savunma kapasitesine sahip bir ulusal ordu oluşturulması için, başka pek çok faktörün yanı sıra ulusun jeopolitik konumu, iç ve dış güvenlik koşulları, ekonomik ve sosyal durumu ve milli hisler değerlendirildikten sonra yasa koyucuların yasama takdirine dahil olan bir mesele teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir. İçerisinde bulunduğu güvenlik koşulları, askerlik hizmetinde eşitlik ihtiyacı ve alternatif bir hizmet sistemi oluşturmayı zorlaştıran çok çeşitli unsurlar göz önüne alındığında, askerlik hizmetine sınırlamalar getirilmesine imkan tanıyacak gelişmiş güvenlik koşullarına ulaştığının ve ayrıca bu konuda ulusal bir görüş birliği oluştuğunun savunulamayacağını iddia etmiştir. Yukarıdaki nedenlerle taraf devlet, askerlik hizmetine yönelik vicdani ret yasağının, ülkenin içerisinde bulunduğu

⁷² Yeo-Bum Yoon and Mr. Myung-Jin Choi v. Güney Kore, paragraf. 4.

⁷³ Yeo-Bum Yoon and Mr. Myung-Jin Choi v. Güney Kore, paragraf. 4.3.

özel güvenlik koşulları ve sosyal koşullar ile gerekçelendirildiğinde, ayrıca bu kararın sözleşmenin 18. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan vicdan özgürlüğünün özünü ihlal ettiği sonucuna varılmasını hayli zorlaştırdığı görüşündedir⁷⁴.

Başvurucular taraf devletin iddialarına karşılık vermişlerdir. Başvurucular, taraf devletin iddialarının odağında “kamu güvenliği veya düzeni” konusunun yer aldığını kabul etmekle birlikte, 18. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan nedenlerden hangisinin kullanıldığının belirtilmediğini dile getirmişlerdir. Ayrıca taraf devletin, vicdani retçilerin neden kamu güvenliği veya düzenine zararlı addedildiği konusunda açıklama yapılmadığı üzerinde durarak, vicdani redde şimdiye kadar hiç izin verilmediği için, taraf devletin gerçekten bir tehlike bulunup bulunmadığını değerlendirmesinin mümkün olmadığına işaret etmişlerdir⁷⁵. Başvurucular taraf devlet cephesinde, vicdani redde izin verilmesi durumunda genel askerlik uygulamasının tehlikeye girmesi ihtimalinden ötürü belli belirsiz bir korku uyandığını dile getirmişlerdir. Başvurucular 22 No’lu Genel Yorumla göndermede bulunarak, vicdani retçilerin, kamu güvenliğini veya düzenini yahut başkalarının haklarını tehdit etmek şöyle dursun, derin ve ahlaki bir düşünceye dayalı yüce bir değer olarak bilakis bu kavramları pekiştirdiğini savunmaktadır. Kuzey Kore Cumhuriyeti tarafından yöneltilen tehdit konusunda ise taraf devlet nüfusunun kuzey komşusuna oranla iki katı fazla, ekonomisinin otuz katı büyük ve son on yıl boyunca yıllık askeri harcamalarının neredeyse on katı fazla olduğunu belirtmiştir. Kuzey komşusu devamlı uydu gözetiminde tutulmakta ve insan-cıl bir kriz yaşamaktadır. Bunun aksine taraf devlet 700 bin kadar asker barındırmakta ve her yıl yaklaşık 350 bin genç askerlik hizmetini yerine getirmektedir. 11 Temmuz 2005 tarihi itibarıyla sayısı 1053 olan cezaevindeki redçiler, söz konusu askeri gücü olumsuz yönde etkilemesi mümkün olmayacak kadar küçük bir rakam teşkil etmektedir. Yukarıdaki açıklamalar ışığında düşünüldüğünde Kuzey Kore Cumhuriyetinin oluşturduğu tehdidin vicdani retçilerin cezalandırılması için yeterli bir gerekçe oluşturmadığını beyan etmişlerdir. Hizmetin eşit ve adil niteliği konusuna ise başvuru-cular, gerekli görülmesi halinde alternatif hizmet düzenlemelerinin süresinin daha uzun tutulmak suretiyle bu niteliğin korunacağını ileri sürmüşlerdir. Başvurucular, en ez taraf devlet kadar ciddi bir dış tehlikeyle karşı karşıya kalan Güney Tayvan’da ve Almanya’da yakın bir tarihte kabul edilen alternatif hizmet kurumundan elde edilen olumlu tecrübeler de dikkat çekmişlerdir. Böylesi bir kurumun toplumsal entegrasyon ve gelişime katkıda bulunacağı

⁷⁴ Yeo-Bum Yoon and Mr. Myung-Jin Choi v. Güney Kore, paragraf. 4.4, 4.5, 4.6.

⁷⁵ Yeo-Bum Yoon and Mr. Myung-Jin Choi v. Güney Kore, paragraf. 5.2.

dile getirilerek, toplumda insan haklarına gösterilen saygıyı artıracığına dikkat çekmişlerdir. Askerlik hizmetinden kaçma yönündeki toplumsal eğilimin itiraz konusu yapılan mesele ile hiçbir ilgisinin bulunmadığı ve bu eğilimin askerlerin karşı karşıya kaldığı kötü koşullardan kaynaklandığı üzerinde durularak, bu koşulların düzeltilmesi durumunda askerden kaçma eğiliminin de düşüş göstereceği üzerinde durulmuştur⁷⁶.

Komite, bu başvuruyu taraflarca kendine sunulan tüm bilgiler ışığında incelemiştir. Komite, başvurucuların, Sözleşme'nin vicdan özgürlüğünü ve kişinin din veya inancını açıklama hakkını güvence altına alan 18. maddesinin zorunlu askerlik hizmetine itaati başvurucular açısından birer birey olarak ahlaki olarak izin verilemez nitelikte kılan samimi dini inançlarının tanınmasını gerektirdiği yönündeki iddiaları dile getirmiştir. Bunun yanı sıra sözleşmenin 8. maddesinin üçüncü fıkrasının "*askeri nitelikteki bir hizmet ve inanç nedeniyle askerlik hizmetine katılmama hakkının tanındığı ülkelerde vicdani retçilerin hukuken yerine getirmeleri istenen bir kamu hizmeti*"ni bu fıkra uyarınca yasaklanan "*zorla ya da zorunlu çalıştırma*" kapsamında çıkardığını da belirtmektedir. Ardından da, sözleşmenin 8. maddesinin vicdani ret hakkını ne tanımış ne de dışlamış olduğunu eklemiştir. Dolayısıyla söz konusu başvuruyu sözleşmenin 18. maddesi bağlamında incelemiştir. Zorunlu askerlik hizmetine karşı vicdani ret iddiasını 18. maddenin birinci fıkrası kapsamında koruma altına alınan dini inancını açıklama biçimlerinden biri olarak değerlendiren Komite, kişinin dinini veya inancını açıklama hakkının yasayla getirilen tüm yükümlülükleri reddetme hakkını ifade etmediği, ancak 18. maddenin üçüncü fıkrasıyla uyumlu bir biçimde samimi olarak sahip olunan dini inanca karşı hareket etmek zorunda bırakılmamak yönünde belirli bir koruma sağladığını vurgulamıştır. Komite, 22 No'lu Genel Yorum'a da gönderme yaparak, kişinin vicdanının veya dini inancının gerektirdikleriyle ciddi biçimde çatışmasına rağmen kişiyi öldürücü silah kullanmaya zorlamanın 18. madde kapsamına girdiği yönündeki genel görüşüne işaret etmiştir. Komite, söz konusu davada, başvurucuların zorunlu askerliğe alınmayı reddetmelerinin, samimi bir şekilde sahip olduğu konusunda itiraz bulunmayan dini inançlarının doğrudan ifadesi olduğunu dile getirerek, başvurucular hakkında verilen mahkumiyet cezalarının, dinlerini veya inançlarını açıklamaya yönelik bir kısıtlama oluşturmakta olduğunu belirtmiştir⁷⁷. Komite ek olarak taraf devlet'in yasaları kapsamında askerlik hizmetine yönelik vicdani ret hakkının tanınması için hiçbir usul bulunmadığına işaret etmiştir. Taraf devlet bu kısıtlamanın, ulusal savunma kapasitelerini muhafa-

⁷⁶ Yeo-Bum Yoon and Mr. Myung-Jin Choi v. Güney Kore, paragraf. 5.4, 5.5.

⁷⁷ Yeo-Bum Yoon and Mr. Myung-Jin Choi v. Güney Kore, paragraf. 8.3.

za etmek ve sosyal uyumu korumak için kamu güvenliği açısından gerekli olduğunu ileri sürmektedir. Komite, taraf devlet'in ulusal güvenliğine ilişkin olarak ifade ettiği özel bağlamı ve ayrıca Ulusal İnsan Hakları Komisyonu tarafından vicdani red konusunda hazırlanan ulusal eylem planına uygun davranma niyetini dikkate almaktadır. Komite bunun yanı sıra, bu konudaki devlet uygulamalarıyla ilgili olarak, sözleşme'ye taraf olan ve aynı zamanda zorunlu askerlik hizmeti sistemini sürdüren devletlerin, giderek artan sayıda, zorunlu askerlik hizmetine alternatif hizmetler getirdiklerine işaret etmekte ve taraf devlet'in, başvurucuların 18. madde kapsamındaki haklarına tam olarak saygı gösterilecek olursa, bunun ne gibi bir özel zarara yol açacağını belirtmediği kanaatindedir. Komite, sosyal uyum ve eşitlik konularında ise, devlet'in ülkesindeki vicdani inançlara ve tezahürlere saygı göstermesinin toplumda uyum ve istikrarlı bir çoğulculuk sağlanması yönünde önemli bir unsur teşkil ettiği görüşündedir. Aynı şekilde, zorunlu askerlik hizmetine, genel askerlik prensibinin temelini baltalamayan ancak zorunlu askerlik hizmeti yapanlar ile alternatif hizmet yapanlar arasındaki adaletsiz farklılıkları ortadan kaldırmak suretiyle kişiden eşit sosyal hizmet sağlayan ve eşit taleplerde bulunan alternatifler tasarlamının prensipte mümkün ve uygulamada da yaygın olduğunu dile getirmektedir. Yukarıdaki nedenlerle Komite, taraf devlet'in söz konusu davada varolan kısıtlamasının sözleşmenin 18. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında gerekliliğini ispatlayamadığı kanaatinde olup sözleşmenin Güney Kore Cumhuriyeti tarafından ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁷⁸. Komite bu kararıyla vicdani red hakkının sözleşmede özel olarak belirtilmemiş olduğu ya da vicdani redde ilişkin zorunlu çalışmayı düzenleyen 8. maddedeki referans nedeniyle sözleşme ile güvence altına alınmamış olduğu yönündeki iddiaları kesin olarak ortadan kaldırmıştır⁷⁹.

SONUÇ

Bütün toplumlarda bireyler vicdani kanaatlerine saygı duyulmasını isteme hakkına sahiptirler. Bu bağlamda insan yaşamını her şeyden üstün tutan bireylerin savaşa katılmama kararına saygı duyulmalıdır. Vicdani kanaatleri savaşa katılmalarına izin vermediği düşünülen bu kişilerin askerlikten muaf tutulması devlet tarafından onların bireysel özgürlüklerine ve dini özgürlüklerine saygının bir ifadesi olarak görülebilir. Bu kişilerin zorunlu askerlik hizmetine tabi tutulmaları ise, bu haklarına derin bir müdahale oluşturur.

⁷⁸ Yeoo-Bum Yoon and Mr. Myung-Jin Choi v. Güney Kore, paragraf. 8.4.

⁷⁹ Brett Rachel, "Askerlik Hizmetinin Vicdani Reddi ve Alternatif Hizmete Uluslar arası Standartlar", içinde Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, s. İstanbul 2008, s. 250.

Daha da önemlisi askerlik hizmeti sırasında, bir birey yalnızca vicdani kanaatlerine uygun davranmasının yasaklanmasıyla kalmamakta, ayrıca kanaatlerinin aksi yönde davranmaya zorlanmaktadır. Nitekim günümüz çağdaş demokrasilerinde kişilerin bu yöndeki iradelerine büyük önem verilmekte olup, zorunlu askerlik hizmeti karşısındaki vicdani red talepleri kabul edilmektedir. Buna rağmen içinde Türkiye'nin de yer aldığı bir kısım ülkelerde vicdani ret hakkının tanınmadığını görmekteyiz. Nitekim bu sorun Türkiye'de var olan en önemli insan hakları ihlallerinden biri olarak görülmektedir. Vicdani ret uluslararası düzeyde kabul görmüş bir hak olmasına⁸⁰ ve 1982 Anayasasının vatan hizmetini düzenleyen 72. maddesindeki açık hükmüne rağmen⁸¹, Türkiye'de halen vicdani ret hakkını tanıyan herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Vicdani retçiler her an keyfi bir şekilde gözaltına alınma, tutuklanma, işkence ve kötü-muamele, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele görme riskiyle karşı karşıya bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Ülke v. Türkiye* kararında⁸² da vurgulandığı gibi vicdani retçilere uygulanan yaptırımlarda suç ve ceza arasında ciddi orantısızlık bulunmakta olup, bu tür müdahaleler “*sivil ölüm*” olarak nitelendirilmektedir⁸³. Yani Türkiye'de vicdani retçiler serbest bırakılsalar dahi, her an tekrar tutuklanma tehdidi ile karşı karşıya bulunmaktadır. Ayrıca Türkiye de vicdani red hakkının tanınması bir yana bu konunun serbestçe tartışılmasına dahi izin verilmemektedir. Türk Ceza Kanununun 318. maddesine göre askerlik hizmetini küçük düşürecek kamu açıklaması yapanlara üç yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir. Oysa çalışmamızda da gösterildiği gibi, Birleşmiş Milletler Sözleşmelerinde açık bir hüküm olmamasına rağmen, Komitenin önüne ge-

80 Çağdaş batı demokrasilerinde var olan vicdani red uygulamaları konusundaki ayrıntılı çalışma için bakınız. Sevinç Murat, “Türkiye’de ve Batı Demokrasilerinde, Vicdani Ret, Zorunlu Askerlik ve Kamu Hizmeti Seçeneği”, AÜSBFD, 61/1, 311- 313.

81 Can Osman, “Vicdani Red ve Anayasa”, içinde Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, s. İstanbul 2008, s. 306. ; Ergül Ozan, Avrupa Birliği Hukuku’nda Erkekler İçin Zorunlu Askerlik Yükümlülüğü, Yaşayan Anayasa, http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/docs/analizler/zorunlu_askerlik.pdf, Erişim Tarihi, 14.08.2008.

82 Ülke v. Türkiye kararının ayrıntılı analizi için bakınız. Gürcan Ertuğrul Cenk, “Zorunlu Askerlik Hizmeti Karşısında Vicdani Ret: Bir İnsan Hakkı (Mı)?”, AÜSBFD, 62/1, s.102-108.

83 *Ülke v. Turkey*, Başvuru No: 39437/98, 24.01.2006. ; Çınar Özgür Heval, “Avrupa Konseyi Ülkelerinden Vicdani Red Hakkına Genel Bir Bakış”, içinde Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, s. İstanbul 2008, s. 236.

len davalarda, bireylerin vicdani ret taleplerinin reddedilmesi ve bu taleplerinden dolayı vicdani retçilerin mağduriyet yaşamaları en önemli insan hakları ihlallerinden biri olarak kabul edilmektedir. Nitekim vicdani red konusunda yapılan ısrarlı şikayetler ve bu şikayetler sonucu Komitenin vermiş olduğu kararlar sözleşmeye taraf devletleri vicdani red hakkını tanıma konusunda cesaretlendirmiş ve bu konuda yasal düzenlemeler yapmaya sevk etmiştir⁸⁴. Aynı kararların Türkiye için de bağlayıcı olmasından dolayı, bu yönde atılacak adımlara hız verilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

BRETT Rachel, “Askerlik Hizmetinin Vicdani Reddi ve Alternatif Hizmete Uluslar arası Standartlar”, içinde Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, *Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler*, s. İstanbul 2008.

CAN Osman, “Vicdani Red ve Anayasa”, içinde Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, *Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler*, s. İstanbul 2008.

ÇINAR Özgür Heval, “Avrupa Konseyi Ülkelerinden Vicdani Red Hakkına Genel Bir Bakış”, içinde Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, *Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler*, s. İstanbul 2008, s. 236

ÇINAR Özgür Heval, ÜSTERCİ Coşkun, *Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler*, İstanbul 2008.

DECKER Christopher, LUCÍA Fresa, “The Status Of Conscientious Objection Under Article 4 of the European Convention on Human Right”, *M.Y.U. J, Int'l L. & Pol.* 2000- 2001

ERDOĞAN Mustafa, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara 2007.

⁸⁴ Marie-Franccce Major; “Conscientious Objection to Military Service: The European Commission on Human Rights and The Human Rights committee”, *California Western International Law Journal*, v. 32, 2001, s. 2.

- ERGÜL Ozan, Avrupa Birliği Hukuku'nda Erkekler İçin Zorunlu Askerlik Yükümlülüğü, Yaşayan Anayasa, http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/docs/analizler/zorunlu_askerlik.pdf, Erişim Tarihi, 14.08.2008.
- FOX Richard P, "Conscientious Objection to War: The Background and A Current Appraisal", *Clew. St. L. Rev.* 1982.
- GÜRÇAN Ertuğrul Cenk, "Zorunlu Askerlik Hizmeti Karşısında Vicdani Ret: Bir İnsan Hakkı(Mı)?", *AÜSBFD*, 62/1.
- LİPMAN Matthew, "The Recognition of Conscientious Objection to Military Service as an International Human Right", *Cal. W. Int'l L.J.*, vol.21, 1990- 1991, s. 33.
- MAJOR Marie France, "Conscientious Objection and International Law: A Human Right?", *Case W. Res. J. Int'l L*, vol. 24, 1992.
- MAJOR Marie France, "Conscientious Objection to Military Service: The European Commission on Human Rights and the Human Rights Committee", *Cal. W. Int'l L. J.*, 2001- 2002.;
- MARCUS Emily N., "Concientious Objection as an Emerging Human Right", *Va. J. Int'l L*, 1997-1998.
- MOSKOS Charles C., John Whiteclay Chambers, *The New Conscientious Objection : From Sacred To Secular Resistance II*, New York 1993.
- SEVİNÇ Murat, "Türkiye'de ve Batı Demokrasilerinde, Vicdani Ret, Zorunlu Askerlik ve Kamu Hizmeti Seçeneği", *AÜSBFD*, 61/1, 2006.
- SİLVA Ruth C., *The Constitution, the Conscientious Objector, and the 'just' War*", *Dick. L. Rev.*, 1970- 1971.
- WOLF Russel, "Conscientious Objection: Time for Recognition as a Fundamental Human Right", *ASILS Int'l L. J.*, 1982, s. 67.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASINDA KAMU DÜZENİNİN KORUNMASI VE SUÇUN ENGELLENMESİ KRİTERLERİNE AİHM KARARLARI AÇISINDAN BİR BAKIŞ

*Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ **

*Yrd. Doç. Dr. Cengiz GÜL ***

I. GİRİŞ

İfade özgürlüğü, AİHM'nin içtihatlarının da öne çıkardığı gibi; çağdaş demokratik toplumların vazgeçilmez unsurlarından biri olmanın yanında, çoğulculuk, hoşgörü ve geniş görüşlülüğünün de bir gereğidir. İfade özgürlüğü, sadece genel kabul gören, zararsız veya önemsiz fikir ve haberler için değil, fakat aynı zamanda devlete veya toplumun bir kısmına aykırı gelen kural dışı, şaşırtıcı veya endişe verici olan fikir ve haberler için de geçerlidir.¹ Bu özgürlüğü, ifade edilen görüş ve düşüncelerin içeriğinden bağımsız olarak dikkate almak gerekir. Zira ilgili görüş ve düşüncenin içeriği, bunun ifade edilebilme serbestisinden apayrı bir konu niteliği taşımaktadır.² İfade özgürlüğü, insanın kendisini diğer bireylere ve topluma karşı nasıl ilişkilendirdiği hususu ile ilgili olup, bu aynı zamanda, demokratik veya otoriter nitelikte olsun, hükümetlerin vatandaşlarıyla etkileşiminin de merkezini oluşturur. Dolayısıyla bireylerin ne kadar ifade özgürlüğüne sahip olacağı sorunu, felsefi bir kılıf giydirilmiş siyasal argümanları içermektedir.³

İfade özgürlüğünün modern demokrasiler için vazgeçilmezliği, demokratik toplumların temellerini oluşturan çoğulculuk ve hoşgörü kavramlarının, bu hakkın korunmasını gerektirmesindedir. Çoğulculuk ve hoşgörü ise,

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

1 Mustafa ERDOĞAN, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Yayınları, Ankara, 2007, s. 176-177.

2 Zühtü ARSLAN, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Din Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2005, s.1-4.

3 Robert TRAGER / Dona L. DICKERSON, **21. Yüzyılda İfade Hürriyeti**, (Çev. Nuri Yurdusev), Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003, s. 2.

toplumda birbirinden farklı, hatta birbiriyle çatışma halindeki düşünce, inanç ve uygulamaların bir arada yaşatılmasını hedeflemektedir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi (Divanı),⁴ ifade özgürlüğü ile bir çok kararında bu değerlerin önemine dikkati çekmiştir. Daha da önemlisi, Sözleşme organları, çoğulculuk ve hoşgörünün korunması için, bazı durumlarda bu özgürlüğün sınırlandırılabilmesine de vurgu yapmıştır.⁵

İfade özgürlüğüne atfedilen değer ve önemin arkasında başka değerlerin gerçekleştirilmesi ve korunabilmesini öne çıkaran yaklaşıma göre bu özgürlük, *hakikatin keşfi* gibi daha ulvi değerlere hizmet eden bir araç iken, bir başka yaklaşım da ifade özgürlüğünü, bizzat gerçekleştirilmesi gereken bir temel ilke ve amaç olarak kabul etmiştir. Ağır basan ilk yaklaşım açısından, gerçek ve doğruya ulaşmada fikirlerin serbest ve yarışmacı bir ortamda sunulması, ancak ifade özgürlüğünün hakkıyla tanınıp korunması ile mümkün olabilecektir.⁶ İfade özgürlüğünün varlığı ve koruma altında olması da, bir demokrasiyi gerçek anlamına kavuşturan temel unsurlardan birinin daha sağlanması anlamına gelecektir. İfade özgürlüğü olgusu, esas olarak görüşlerin açıklanması, bilgi ve fikirlerin alınması ve başkalarına bildirilmesini korumaktadır. Mahkeme ve Komisyon, ifade özgürlüğünün, diğer insan haklarının korunması için de temel bir güvence olduğu noktasına vurgu yapmak-

4 Komisyon ve Divan ikiliği 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No.lu Protokol ile yeniden yapılandırılmış ve bunların yerine *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi* adı altında tek ve tam zamanlı bir denetim organı çalışmaya başlamıştır. Bu tarihe kadar faaliyet gösteren İnsan Hakları Divanı (İHD), Sözleşme ile getirilmiş olan güvence sisteminin yargılama organı idi. Divan, Avrupa Konseyi'ne üye devle sayısı kadar hakimden oluşuyordu. 9 yıl için Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nce seçiliyorlardı. İHD'na doğrudan başvurarak dava açma imkanı yoktu. Bir başvurunun Divan önüne gelebilmesi için İnsan Hakları Komisyonu'nun (İHK) başvuruyu ön şartlar açısından kabul etmesi, esas hakkındaki raporunu Bakanlar Komitesi'ne vermesi ve İHK'nun ya da ilgili devlet veya devletlerin işi İHD'na götürülmesi talebinde bulunması gerekiyordu. İHD'nun verdiği kararlar kesindir. Divan'ın Sözleşme'yi yorumlama yetkisi de vardı. İHD kararı ile sadece Sözleşme'nin ihlal edildiğini tespit ile kalmaz, gerektiğinde şikayet edilen devletin, Divan'ın yargı yetkisini bir bildirimle tanınması gerekiyordu. Halil KALABALIK, **İnsan Hakları Hukuku**, 1. Basım, Değişim Yayınları, İstanbul, 2004, s. 130. Mehmet AKAD / Bihterin Vural DİNÇKOL, **Genel Kamu Hukuku**, 3. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2004, s. 316. Ayrıca bkz. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, **İnsan Hakları**, 1. Basım, Ankara, 2006, s. 121-122.

5 ARSLAN, **AİHS'de...**, s. 4.

6 Zühtü ARSLAN (Der.), **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003, s. 5.

tadır. Demokratik bir siyasal rejimde, iktidarın (hükümetin) eylem veya eylemsizliği, sadece yasama ve yargı organlarının denetimine tabi olmayıp, aynı zamanda kamuoyunun da denetimine tabidir.⁷

II. İfade Özgürlüğü ve Sınırlandırma Araçları

İHAS'nin m. 10 f. 2'si; ifade özgürlüğünün, 'kamu düzenini korumak' ve 'suç işlenmesini önlemek' amacı ile sınırlandırılabilceğini öngörmektedir. Nitekim ifade özgürlüğünün en güçlü savunucuları bile, kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi söz konusu olduğunda ifade özgürlüğünün bir takım sınırlamalara tabi olması konusunda hem fikirdirler.⁸ Ancak kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi kavramları bir hayli soyut nitelikte olup, öncelikle bunlardan ne anlaşılması gerektiği açıklanmalıdır.

Kamu düzeni kavramı, çok kullanılmasına rağmen hakkında kesin bir görüş birliği olmayıp, çok tartışılan kavramlardan biri olmaya devam etmektedir. Bu kavrama, anayasa hukuku, ceza hukuku ve özellikle idare hukuku ile özel hukuk alanında pek çok olayda başvurulmakta ve hukuki sonuçlar bağlanmaktadır. Ayrıca İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) de sözleşme ile güvence altına alınan pek çok temel hak ve özgürlüğün kamu düzeni amacı ile sınırlandırılabilceğini öngörmektedir. Örneğin, adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. madde; özel hayatın ve aile hayatının korunmasını düzenleyen 8. madde; din, vicdan ve düşünce özgürlüğünü düzenleyen 9. madde; ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. madde; dernek kurma ve toplantı özgürlüğünü düzenleyen 11. madde de bu hak ve özgürlüklerin *kamu düzenini korumak* amacı ile sınırlandırılabilceğine yer vermektedir. Ancak Mahkeme, *Engel ve Diğerleri/Hollanda* davasında, 10. maddenin 2. fıkrasındaki "*düzen*" kavramının, sözleşmenin 6/1 ve 9 /2 fıkrasında zikredilen sadece 'kamu düzenini' (public order) ifade etmediğini, aynı zamanda belli bir sosyal grubun içinde hüküm sürmesi gereken düzen anlamını da içerdiğini vurgulamıştır.⁹ Örneğin, silahlı kuvvetler gibi bir grubun içindeki düzensizliğin, bir bütün olarak toplumun düzeni üzerinde yankıları olabilir. Bu nedenle Mahkeme, *Engel ve Diğerleri/Hollanda* davasında Hollanda silahlı kuvvetleri içinde bir düzensizliği önleme amacıyla alınan önlemlerin kamu düzenini koruma amacıyla gerekli olduğu için, 10. maddenin ihlal edilmediği

7 T. Ayhan BEYDOĞAN, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti*, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003, s. 77-78.

8 Eric BARENDT, *Freedom of Speech*, Clerandon Press, Oxford, 1985, s. 192.

9 Engel ve Diğerleri / Hollanda, paragraf 98.

yönünde karar vermiştir. Yine özellikle hapishane ortamı söz konusu olduğunda, bu ortamın niteliği gereği kamu düzeni, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının en önemli gerekçelerinden biri olarak görülmektedir. Budist bir mahkum, ısmarladığı dini kitaba hapishane yönetimi tarafından el konulması nedeniyle Komisyon'a başvurmuştur. Komisyon, söz konusu kitabın savaş sanatlarına ve kendini savunma tekniklerine ilişkin bir bölüm içerdiğinin altını çizerek hapishane yönetiminin müdahalesinin kamu düzenini koruma amacını götüğünü belirtmek suretiyle taraf devletin haklı olduğuna karar vermiştir.¹⁰

Kamu düzeni kavramının bu kadar geniş kullanımına rağmen, bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği, kapsamının ne olduğu ve konusu hakkında bir görüş birliği bulunmamaktadır. Kamu düzeni kavramı, kamu huzuru, kamu güvenliği ve kamu sağlığı gibi alt başlıkları da kapsamına alan hayli geniş bir kapsama sahiptir. Bu kavram içeriği bakımından değişken ve nispi olmasına karşılık, yine de değişmeyen asli bir özü içinde taşır. Bu ise, "toplum hayatında maddi bir karışıklığın olmaması, kaba kuvvetin, kaos ve anarşinin hüküm sürmemesi, aksine belli bir düzen ve barışın hakim olmasıdır."¹¹ Kamu düzeni kavramı içinde incelenen kamu huzuru kavramı; toplum halinde yaşayışın alışılacelmış sakıncalarını aşan ölçüde rahatsızlıkların, düzen bozukluklarının önlenmesi ya da giderilmesi anlamına gelir. Kamu güvenliği ise, bir topluluğa, o topluluğun bireyelerine ve eşyalarına karşı yönelecek tehlikelerin önlenmesi anlamına gelmektedir.

Kamu düzeni kavramının içeriğinin ne olduğu konusunda temelde iki yaklaşım olduğu söylenebilir¹². Buna göre, bu kavram bir kısım bilim adamları tarafından subjektif, diğer bir kısmı tarafından ise objektif açıdan ele alınmaktadır. Subjektif yaklaşım sahipleri, kamu düzeni kavramının tanımını yapmamakta, bir eylemin kamu düzenini ihlal edip etmediğini belirleme konusunu, normu uygulayacak olan organın takdir yetkisine bırakmaktadır. Özellikle sağlıklı bir biçimde, kamu düzeni kavramının tanımının ve içeriğinin belirlenememesi gerçeği karşısında, birden fazla kriter kullanarak her olayda yapılan eylemin kamu düzenine aykırı olup olmadığının yorumlan-

¹⁰ X/Birleşik Krallık, başvuru no. 6886/75, den naklen; Akif Emre ÖKTEM, **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, Liberte Yayınları, Ankara, 2003, s.351.

¹¹ Bülent TANÖR, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası**, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969, s. 131.

¹² Çetin ÖZEK, **Türk Basın Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1978, s. 324.

ması gerektiğini savunmaktadırlar.¹³ Kamu düzeni kavramını objektif bakımdan ele alanlar ise, bu kavramın ne anlama geldiğini belirlemeye çalışmaktadırlar. Fakat bu belirleme yapılırken de farklı görüşler ileri sürülmektedir.¹⁴

İlk görüşe göre kamu düzeni, toplumun moral yapısına uyulmasını sağlayan normlar bütünü olarak görülüp, bu açıdan genel ahlak ile kamu düzeni aynı anlamda kabul edilmektedir. İkinci görüşe göre ise, kamu düzeni çok geniş bir biçimde ele alınmaktadır. Buna göre toplumda mevcut, uyulması zorunlu, siyasal, toplumsal ve yasal kurallara aykırı, bu kuralların oluşturduğu düzeni bozan tüm eylemler kamu düzenine aykırı sayılmaktadır. Bu yaklaşıma göre de kamu düzenini korumak saiki ile herhangi bir ifade açıklamasının sınırlandırılması mümkün olmaktadır. Üçüncü görüşe göre ise, kamu düzeninin kendine özgü ve bağımsız bir kapsamının ve içeriğinin olduğu belirtilmektedir. Buna göre kamu düzeninin, hukuki niteliğinin yanı sıra politik bir içeriğe de sahip olduğu kabul edilmekle, toplumsal barış, sükun, disiplin ve güven içinde yaşamaya yönelik tüm düzenlemeler kamu düzenini oluşturmaktadır.

Zaman ve yer bakımından nispi ve değişken nitelikli olabilen kamu düzeni kavramının değişmez anlamı; belli bir siyasal ve sosyal hukuk düzeninin, düzensizliklere karşı korunmasıdır. Bu koruma ile kastedilen husus ise, belli bir siyasal iktidar felsefesinin değiştirilmemesi, eleştiri ve tartışmalara konu olmaması değil, toplum hayatında karışıklığa yol açacak faaliyetlerin engellenmesidir.¹⁵ Bu açıklamadan da anlaşıldığı gibi, kamu düzeni herhangi bir ideolojinin korunması ile değil, toplumun maddi ve fiziki düzeninin sağlanması ile ilgili bulunmaktadır. Bu nedenle bazı fikirlerin açıklanması ile kamu düzeninin bozulacağı şeklindeki soyut ihtimallere ve genellemelere gidilmesi, ifade özgürlüğünün özünü hedef alan sınırlamalara fırsat verecek ve bu da çoğulculuğun reddi anlamına gelecektir.¹⁶

Kamu düzeni ile ilgili kuralları genel olarak, “örgütlenmiş toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını belirli bir toplum ve belirli bir zaman içinde koruyan hukuk kuralları” olarak tanımlamak uygun olur.¹⁷ Buna göre, bir

¹³ ibid, s. 324.

¹⁴ ibid, s. 325.

¹⁵ Tanör, a.g.e., s. 85.

¹⁶ Reyhan SUNAY, Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muh-tevası ve Sınırları, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s. 85.

¹⁷ Hüseyin HATEMİ, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976, s. 42-43.

davranış hukuka ve kanuna aykırı değil ise kamu düzenine de aykırı değildir. Diğer bir deyişle, kanunda ifadesini bulmamış, yazılı bir hukuk kuralı haline gelmemiş kamu düzeni kuralı yoktur.¹⁸ Ayrıca kanunda yer alan ve emredici olan kuralın kamu düzeni olabilmesi için anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması gerekir. Aksi takdirde söz konusu kuralın kamu düzeni kuralı sayılması mümkün değildir. Anayasada belirtilen temel ilkelere aykırı olmamak şartı ile kamu düzeni toplum yararı açısından zaman içinde farklılık gösterebilir ve bu durumda yeni bazı kanunların çıkarılması gerekebilir. Bundan hareketle, kamu düzeni kavramının zaman ve konu bakımından değişkenlik gösterebildiği ileri sürülebilir.

Suç işlenmesinin önlenmesi ise kamu düzeni kavramına nazaran daha somut, anlaşılması daha kolay bir kavramdır. Dolayısıyla mahkemenin önüne suçun önlenmesi amacı ile ilgili davalar geldiğinde, sorun kamu düzenine nazaran daha rahat çözüme kavuşturulabilecektir. Mahkemenin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile önünü gelen davaların hepsinde kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi kavramları birlikte kullanılmıştır. Ancak mahkeme, bu iki kavramın ayrı ayrı ele alınması gerektiğine karar vermiştir.

Mahkeme'ye göre, m. 10/2'de sınırlama nedenleri arasında sayılan bu iki kavram arasında, Fransızca tercümesinde birlikte ele alındıklarını ifade eden '*et(ve)*' bağlacı kullanılırken, İngilizce'de seçenek ifade eden '*or(veya)*' ayracı kullanılmaktadır. Mahkemeye göre, 10. maddenin içeriği ve genel sistematığı dikkate alındığında, İngilizce versiyonu bu konuda daha yerinde olacaktır.¹⁹ Yani Mahkeme'nin önüne bir dava geldiği zaman, ifade özgürlüğüne karşı yapılan müdahalenin hem kamu düzenini korumak hem de suç işlenmesini önlemek amacı gütmemesi gerekmektedir. Yapılan müdahalenin bu amaçlardan herhangi bir amacı güdüyor olması, sınırlama için gerekli ve yeterlidir. Oysa Sözleşme'nin Fransızca metninde '*ve*' anlamına gelen '*et*' bağlacı, yapılan müdahalenin haklı olabilmesi için hem kamu düzenini koruma hem de suç işlenmesini önleme amacı gütmelidir. Nitekim mahkeme *Engel ve Diğerleri/Hollanda* davasında, başvuruçular Dona ve Schul, m. 10/2 'kamu düzeninin korunması'nın, 'suçun önlenmesi' ile birlikte ele alınması gerektiğini ileri sürmelerine rağmen, Mahkeme metnin İngilizce düzenlenmesini kaynak alıp, başvuruçulara yapılan müdahalenin kamu düzenini korumak için alındığını belirtip ayrıca suç işlenmesi amacı güdüp gütmemediğini araştırmamış ve bu nedenle de başvuruçuların talebini reddetmiştir.

¹⁸ ibid, s. 39.

¹⁹ Engel ve Diğerleri / Hollanda, 8 Haziran 1976, paragraf 98.

Kamu düzeni ve özgürlükler, demokratik toplum yaşamının iki temel unsurunu oluşturmaktadır. Demokratik toplumda bu iki temel unsurun dengelenmesi sırasında, kamu düzenine gereğinden fazla ağırlık verilmesinin, özgürlüklerin zararına olması kaçınılmazdır. Kamu düzeni gereklerini ihmal etmek de toplumda kargaşaya neden olabilir. Demokratik düzende, *düzen* ile *özgürlük* arasında tezat değil, bağlılık vardır. Çünkü demokratik düzen özgürlükler temeli üzerine kurulur. Özgürlük temelinin ortadan kaldırılması demokratik düzen olma niteliğini de bertaraf edecektir.²⁰ Dolayısıyla kamu düzeni ile ifade özgürlüğüne müdahale edilirken çok dikkatli davranılmalı, ne özgürlüğün ortadan kaldırılmasına ne de düzeninin bozulmasına izin verilmemelidir.

Bu bölümde Mahkeme'nin ve Komisyon'un vermiş olduğu çeşitli kararlar incelenerek, kamu düzeni ile ifade özgürlüğü arasındaki ilişkiyi nasıl ortaya koyduğu incelenecektir. Bu inceleme sırasında ilkin, radyo-televizyon ve sinema işletmeciliğinin izne bağlanması, ikinci olarak hapisane düzenini koruma ve ifade özgürlüğü arasındaki ilişki, son olarak da askeri düzenin korunması gerekçesi ile ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalar ele alınacaktır.

a- Radyo-Televizyon ve Sinema İşletmeciliğinin İzne Bağlanması

Teknolojik gelişmelerin hızla ilerlemesi ile günümüzün karmaşık ve kalabalık toplumlarında bireysel ifade özgürlüğü önemini kaybetmiş, bunun yerini kitle iletişim özgürlüğü almıştır. Baskıcı toplumlarda hiçbir kitle iletişim aracı ifade özgürlüğüne sahip değilken, demokratik toplumlarda ise bütün kitle iletişim araçlarının aynı düzeyde ifade özgürlüğüne sahip olduğu söylenemez.²¹ Radyo ve TV, diğer kitle iletişim araçlarına nazaran daha sıkı bir denetime tabi tutulabilmektedir. Bu nedenle İHAS m. 10/1, radyo-TV ve sinema işletmeciliğinin taraf devletlerin ruhsat sistemine engel olmadığını düzenlemiştir.

Radyo – TV yayınlarının yazılı basına nazaran daha fazla sınırlandırılması gerektiği konusunda farklı fikirler ileri sürülmektedir.²² İlk olarak, radyo ve TV yayınının aynı anda her yerde olabilirliliği ve pasif alıcılar üzerindeki muhtemel etkileri üzerinde durulmaktadır. Örneğin AİHM TV'de

²⁰ Münci KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 1993, s. 229. Sevtap YOKUŞ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Yetkin Yay., Ankara, 2002, s. 70.

²¹ Robert TRAGER / Donna L. DICKERSEN, **Freedom of Expression in the 21 st Century**, Pine Forge Press, California, 1999, s. 153. ERDOĞAN, **a.g.e.**, s. 177.

²² *ibid.*, s. 154.

dini bir reklamın dava konusu olduğu *Murphy/İrlanda* davasında taraf devlet lehine karar verirken özellikle bu konu üzerinde durmuştur. Mahkeme'ye göre reklam yasağı, işitsel-görsel medyayı kapsamaktadır. Başvuru sahibinin itiraf ettiği ve Mahkeme'nin de kabul ettiği gibi, böylesi medyanın özellikle pasif alıcılar üzerinde daha hızlı, kapsayıcı ve güçlü etkiye sahip olduğu gerçeği ışığında, devletin bu yayınların muhtemel etkileri konusunda endişe duyması normal karşılanmalıdır.²³ Başvuru sahibi, nihayetinde aynı konuyu (yerel ve ulusal gazeteler dahil) yazılı basında, kamuya açık toplantılarda ve diğer toplantılarda reklam etme konusunda serbesttir. Ayrıca Mahkeme'ye göre yasak sadece reklama ilişkindir. Dolayısıyla Mahkeme açısından bu sınırlama, reklam için bir yayın saati almakla program yoluyla (belgeseller, tartışmalar, filmler, dini konuların canlı olarak yayınlanması ve tartışılması dahil) dini meselelerin ele alınması arasında devlet tarafından yapılan makul ayrımı yansıtmaktadır. Programlar, bir taraf onun yayın saatini satın aldığı için yayınlanmaz ve hükümetin belirttiği gibi tarafsız olmalıdır. Mahkeme'ye göre dava konusu reklam, özellikle taraflı bir amaç taşıma eğilimindedir. Bu nedenle o reklamın, yukarıda belirtilen tarafsızlık ilkesine tabi olduğu ileri sürülemez. Ve reklam saatinin satın alınması gerçeği, daha büyük kaynaklara ve tanıtım imkanlarına sahip dini grupların lehine dengesiz bir kullanım durumu oluşturacaktır. Sonuç olarak Mahkeme, işitsel-görsel medyadaki reklamların dışında, başvuru sahibinin dinsel ifade özgürlüğünün sınırlandırılmadığı sonucuna varmıştır.²⁴

İkinci olarak, çocukların, ebeveynlerinin izni olmaksızın radyo ve TV yayınlarına maruz kalabilecekleri üzerinde durulmaktadır. Radyo ve özellikle TV, yazılı basından daha etkili olup, çocuklar açısından resim ve sesler kelimelerin çok ötesinde bir güce sahiptir.

Radyo ve TV yayınlarının daha sıkı bir düzenlemeye tabi tutulması konusunda üçüncü ve en önemli sebep olarak, yayıncıların yayın istasyonlarından radyo ve TV antenlerine sinyal göndermek için elektromanyetik dalga bantlarını kullanmaları üzerinde durulmaktadır. Dalga bandı, radyo sinyallerinin ve diğer frekansların, örneğin X ışınlarının, bir noktadan diğerine hareketine imkan veren doğanın fiziksel bir özelliğidir. Ancak, dalga bandının AM ve FM radyosu ve VHF ve UHF televizyonu için kullanılan kısmı sınırlıdır. Bir coğrafi bölgede dört yayın servisinin her birinde çalışabilecek istasyon sayısının azami bir sınırı vardır. Maksimum sayı aşıldığında, fazladan yayın yapan istasyonların sinyalleri mevcut istasyonlarına müdahale ede-

²³ Murphy / İrlanda, 10 Temmuz 2003, paragraf 74.

²⁴ ibid, paragraf 74.

cektir. Dolayısıyla, yayın yapmak isteyen kişi ve şirketlerin ancak belli bir kısıma bu hak tanınacaktır. Bu hakkın tanındığı şirketlerin halka karşı özel bir sorumluluk altına girecekleri de bir gerçektir. Bu durum ise kamu düzeni için belli düzenlemelerin kabulünü gerektirmektedir.

Ancak kablolu TV, radyo bandı kullanmayıp, sinyalleri radyo frekanslarının banda girişini engelleyen bir kablo vasıtasıyla dağıtılmakla birlikte, kablolu TV'nin yazılı basından daha sıkı bir şekilde denetime tabi tutulduğu da bir gerçektir.²⁵ Bu ise Amerikan mahkemeleri tarafından kablolu yayın için kullanılan kabloların kamuya ait alanları, caddeleri, sokakları ve bazen de kamu mülklerinin altından geçmesine dayandırılmaktadır. Bu nedenle, kamu alanlarını kullanma iznine karşılık, hükümetin kablolu yayın şirketlerinin gelirinin belli bir kısmını harç olarak almak ya da bazı kanallarının kamu yararını ve eğitim programları için kullanılmasını istemek gibi alternatifleri vardır.

Kablolu TV, yazılı basına nazaran daha fazla düzenlemeye tabi tutulmasına karşın, normal radyo-TV yayıncılığında daha fazla ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Çünkü kablolu yayıncılık dalga bandı kullanmayıp, belli bir coğrafi bölgede iş yapan ve rekabet eden kablolu sistemler için fiziksel bir sınırlama getirmemektedir. Nitekim AIHM'nin Avusturya ile ilgili *Tele1Privatfernsehgesellschaft kararı* da²⁶ bu yönde olmuştur.

10. madde bağlamındaki en önemli ve nazik konulardan biri de Radyo-TV yayınları üzerindeki denetimlerle ilgilidir. Komisyon ve Mahkeme'nin 10. madde çerçevesinde incelediği şikayetlerden bazıları, kamu düzenini ihlal ettiği gerekçesi ile önlerine gelen radyo ve TV yayınlarının denetimi ile ilgili şikayetlerdir. Strazburg organları ilk olarak radyo ve TV yayınlarında devletin tekel hakkı olup olmadığını, daha sonra da yapılan yayınlara müdahalenin 10. madde çerçevesince haklı olup olmadığını incelemektedir. 10. maddenin 1. fıkrası 3. cümlesinde; devletlerin radyo, TV ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarının, ifade özgürlüğünü ihlal etmeyeceği açıkça düzenlendiği için, Strazburg organları devletlerin bu konularda tekel konumunu kabul ederek, özel işletmeleri ruhsata bağlamak sureti ile yayınları bazı kayıt ve şartlara tabi tutma yetkilerini kabul etmekte idi. Sözleşme'nin m. 10 f. 1'in 3. cümlesinin, sözleşmeciler devletlere radyo-TV ve sinema işletmelerinin ruhsat rejimine tabi tutmasının nedeni olarak; söz konusu iletişim araçlarının gerek teknik, gerekse etki bakımından klasik haberleşme

²⁵ TRAGER / DICKERSEN, a.g.e., s. 157.

²⁶ Tele 1 Privatfernsehgesellschaft / Avusturya, 31 Ağustos 2000.

aracı olan yazılı basından çok farklı niteliklere sahip olmaları gösterilmiştir.²⁷

10. maddenin 1. fıkrasının 3. cümlesindeki ibareye rağmen, radyo-TV ve sinema işletmeleri üzerindeki kısıtlamaların 10. maddenin 2. fıkrasındaki sınırlama nedenlerine dayanması gerekmektedir. *Informationsverein Lentia ve Diğerleri* davasında, başvuru radyo istasyonu kuramamaktan ve Avusturya hukukunda bu hakkın Avusturya Yayın Birliği lehine kısıtlanmış olmasından yakınıyorlardı. Mahkeme, bu olay önüne geldiğinde, 1. fıkrasının 3. cümlesinin amacı ve hedefinin ve uygulama alanının, maddenin bütün bir bağlamı içerisinde ve özellikle de lisans sisteminin sınırlarını çizen ikinci fıkrasıyla ilişkisi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Mahkeme, radyo ve TV yayınları ile ilgili yeni kararlarında özel radyo TV istasyonları kurulmasını anlayış ve hoşgörü ile karşılamakla beraber, bu alandaki devlet tekeli tartışma konusu yapmamakta, ancak ilgili devlet mevzuatının, ruhsat sistemine dayalı özel radyo ve TV istasyonları kurulmasına imkan vermemesini de, büyük bir eksiklik sayarak Sözleşme'ye aykırı bulmaktadır.²⁸ Mahkeme, *Autronic A. Ş ve Groppera* kararlarında, frekansın sınırlı olması veya radyo ve TV yayınlarının devletin tekelinde olmasına ilişkin politik çıkarlar nedeniyle bundan birkaç yıl öncesine kadar radyo ve TV'de devlet tekelinin haklı görülebileceğini, ancak bugünkü teknik gelişmeler karşısında tekelin ortadan kaldırılması gerektiğini vurgulamıştır.

Mahkemeye göre, AIHS'nin yürürlüğe girdiği tarihten bu yana kendini gösteren teknik gelişmeler ve özellikle kablolu yayınların ortaya çıkması, Avrupa ülkelerinde devlet tekelinin kaldırılmasına neden olmuştur. Artık devletler milli yayın şirketlerinin yayınlarını düzenlerken milletlerarası kuralları da göz önüne almak zorundadırlar. Bu nedenle 10. maddenin 1. fıkrasının 3. cümlesinin konu, amaç ve kapsamı (uygulama alanı) belirlenirken maddenin bütününe ve özellikle 2. fıkrada yer alan ölçüt ve gerekleri göz önünde tutmak gerekmektedir. Kısacası, 1. fıkranın ilk iki cümlesine istisna getiren bu 3. cümle'nin kapsamı sınırlıdır. Bu hüküm devletlere izin rejimini uygularken, 2. fıkra şartlarından da muaf tutmuş değildir. Aksi durumda 10. maddenin bütünü bakımından konu ve amacına aykırı düşen bir sonuç ortaya çıkacaktır.²⁹ Şayet bir radyo-TV ya da sinema yayını üzerine bir sınırlama

²⁷ Feyyaz GÖLCÜKLÜ / Şeref GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 362.

²⁸ Şeref ÜNAL, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 2001, s. 251.

²⁹ Grappera Radio AG ve Diğerleri / İsviçre, 28 Mart 1990, paragraf 60.

getirilecekse bu sınırlama 10. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen meşru amaçlardan birini taşımalıdır. Nitekim bu konu ile ilgili olarak Mahkeme'nin önüne gelen davalarda yapılan sınırlamanın kamu düzenini korumak için yapıldığı ileri sürülmüştür. Mahkeme yapılan müdahalelerin kamu düzenini koruma amacını güttüğünü kabul etmesine rağmen, bazı davalarda bu müdahalenin demokratik toplum için gerekli olmadığı yönünde karar vermiştir.

Şimdi burada, birinci alt kısımda, sınır-ötesi yeniden yayınların yasaklandığı bir dava ele alınacak olup, ikinci alt kısımda da ulusal otoritelerin, yayın lisansı başvurularını, yabancı bir ülkenin izni olmadığı gerekçesiyle veya bir kamu tekeli korumak amacıyla, reddedip edemeyeceği analiz edilecektir. Üçüncü alt kısımda ise araba reklamları yapmak için kurulacak olan TV kanalının ruhsat talebinin reddedilmesi incelenecektir.

aa- Sınır-Ötesi Yayınların Önlenmesi

Mahkeme, 28 Mart 1990 tarihli *Groppera Radio AG ve diğerlerinin İsviçre'ye karşı açtıkları davada*,³⁰ İsviçre'de 1984 yılında yürürlüğe giren bir kararname ile radyo ve telekomünikasyona dair uluslararası antlaşmaların gereklerine uygun olmayan vericilerden yapılan programların ortak anten imtiyazına sahip İsviçre kablolu şebeke işletme şirketleri tarafından alınıp tekrar dağıtımının yasaklanmasının sansür niteliğinde olmadığı ve amacının da kanuna karşı hileyi önlemek olduğu gerekçesi ile Sözleşme'nin 10. maddesine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

İlgili davada Mahkeme'nin incelediği konu özetle şudur: 1983 Ekim ayında, İsviçre hukukuna göre kurulan bir limited şirket İtalya'da Pizza Groppera'da güçlü bir verici kullanarak, İsviçre'deki dinleyicilerine radyo yayınları yapmaya başlamıştır. Programların, bireysel antenlerle ulaşımı sağlanmış ve ayrıca ilk zamanlar kablolu yayın şirketleri tarafından dağıtımı yapılmıştır.

İsviçre Federal Meclisi 1 Ocak 1984'te bir kararname çıkararak, radyo ve telekomünikasyon alanındaki milletlerarası sözleşme gereklerini yerine getirmeyen, yayın lisansına sahip İsviçre kablolu yayın şirketlerinin yayın yapmalarını yasaklamıştır. Ancak bunlardan Zürih yakınlarında kurulu bir şirketin yayınlarını sürdürmesi üzerine, önce Zürih Kanton makamları, daha sonra da Federal Milli Posta ve Telekomünikasyon İdaresi, şirketten yayınların durdurulmasını talep etmiştir. Şirket, idarenin bu tasarrufu aleyhine Federal Mahkeme'ye başvurmuş, Groppera Radyo AG de davaya müdahil olmuştur. Ancak dava Haziran 1985'te İtalya'da bulunan vericinin 1984 yılında yıldırım isabet etmesi sonucu yıkılması nedeniyle davaya devamda yarar

30 ibid, paragraf 60.

olmaması gerekçesi ile reddedilmiştir. 9 Şubat 1984 tarihinde Groppera Radio AG ve onun hissedarı ve yasal temsilcisi ile diğer iki gazeteci, İsviçre’de kablolu yayın aracılığıyla İtalya’daki radyo yayınlarının dağıtımının yasaklanmasının Sözleşme’nin 10. ve 13. maddelerini ihlal ettiği gerekçesi ile Komisyon’a başvurmuş ve yapılan incelemeler sonucunda Komisyon başvuruyu Sözleşme’nin 10. maddesi bağlamında haklı bulmuştur.

Sınır-ötesi radyo ve TV yayınlarının ortaya çıkardığı sorulara yönelik olarak Mahkeme’nin önüne gelen ilk olay olan bu davada Mahkeme, İsviçre’nin söz konusu radyonun programlarını bireysel alıcılara dinlenemez hale getirmeksizin, yalnızca İsviçre’deki yürürlükte bulunan telekomünikasyon yasal sisteminden kaçmak amacıyla sınır ötesinde faaliyet gösteren radyo istasyonuna karşı aldığı tedbirin demokratik bir toplum bakımından zorunlu bir müdahale olduğuna ve bu nedenle 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Mahkeme bu kararı alırken üç temel gerekçeyi göz önünde tutmuştur. İlk olarak, müdahale oldukça küçük çaplıdır; çünkü 1983 tarihli Kararname yürürlüğe girdiğinde, kablolu yayın şirketlerinin çoğu, şikayetçi şirketin programlarının yayınlanmasını durdurmuşlardır. İkinci olarak, İsviçre makamları İtalya’da Pizza Groppera’dan yapılan yayınlara hiçbir şekilde müdahale etmemiş, yasak sadece bütün aboneleri İsviçre’de bulunan ve İsviçre hukukuna göre kurulmuş olan bir şirketin yayınlarına konmuştur. Son olarak da yasaklama, yayınlanan programların içeriği ve eğilimiyle ilgili olmaması nedeniyle bunun sansür olarak değerlendirilemeyeceği üzerinde durmuştur. Yapılan işlem, İsviçre mevzuatındaki kısıtlamalardan kurtulmak için sınırın diğer tarafında faaliyet gösteren ve makul olarak bir İsviçre istasyonu sayılabilecek bir istasyona karşı alınan bir önlemden ibarettir.³¹

Yine İsviçre ile ilgili Autronic AG kararında Mahkeme benzer bir olayı incelemiştir. Çanak antenler konusunda uzmanlaşmış bir İsviçre şirketi olan Autronic AG, Zürih’teki bir sergi sırasında bir Sovyet TV uydusundan doğrudan alacağı Sovyet TV programını halka göstermek için Federal Milli Posta ve Telekomünikasyon İdaresi’ne başvurur. Federal Milli Posta ve Telekomünikasyon İdaresi Ocak 1983’te Autronic AG’nin başvurusunu reddeder. İsviçre Federal Mahkemesi, Autronic AG tarafından açılan idari dava konusunda, korumayı gerektiren doğrudan bir ekonomik yarar olmadığı gerekçesiyle başvuruyu reddeder. Bunun üzerine Autronic AG, Sözleşme’nin 10. maddesinde güvence altına alınan haber alma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, kararında; 10. maddenin sadece haberlerin içeriği

³¹ Grappera Radio AG ve Diğerleri / İsviçre, paragraf 72.

ile değil, aynı zamanda bu haberlerin gönderilme yolları veya alınma imkânları konusunu da içerdiğini, zira bu konularda getirilen her türlü sınırlamanın da haber alıp verme hakkına ilişkin olduğuna karar vermiştir. Hangi nedenle ve hangi amaçla olduğunu araştırmaya gerek olmaksızın 10. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde düzenlenen hak kapsamına, çanak veya diğer bir anten yoluyla TV programlarının alınması da dâhildir. Oysa İsviçre adli ve idari makamlarınca Autronic AG'nin G-Horizan şirketinin mesajlarını yasal yoldan alması engellenmiştir. Bu nedenle de ifade özgürlüğünün kullanılması bakımından bir müdahale söz konusudur.³²

Mahkemeye göre, İsviçre makamlarının müdahalesinin iki temel amacı bulunmaktadır. Birincisi telekomünikasyon düzeninin korunması, ikincisi ise gizli bilgilerin açıklanmasının engellenmesi gereğidir. Mahkemeye göre, olayın olduğu tarihten sonra bir yandan teknik açıdan TV programlarını yayınlayan birçok telekomünikasyon uyduları hizmete girmiş, diğer yandan da Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Anlaşması³³ imzalanmış ve böylece yayın yapan ülke idaresinin izni olmaksızın ve ayrıca diğer sözleşmeciler devletlerin açıkça protestolarına neden olmaksızın şifreli olmayan telekomünikasyon uydularından gelen yayınların birçok devlette alınmasına izin verilmiştir. Divan'a göre bu gelişme, konunun daha iyi anlaşılmasına yaradığı için dikkate alınması gerekir. Bu nedenle İsviçre makamları sözleşmenin tanıdığı ulusal takdir marjını aşmışlardır.³⁴

Mahkeme'nin bu yorumuna göre, daha sonraki gelişmeler ilgili kuralların anlaşılması ve yorumlanmasına bir katkıda bulunursa, Mahkeme tarafından

³² ibid, paragraf 62.

³³ Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi 15 Mart 1989 tarihli olup, Türkiye bu sözleşmeyi 7 Eylül 1992 tarihinde imzalamış ve 4 Kasım 1993 tarihinde 3915 sayılı kanun ile onaylamıştır. (RG 12 Aralık 1993). Bu Sözleşmenin Başlangıç bölümünde, İHAS 10. maddeye gönderme yaparak ifade ve haberleşme özgürlüğünün demokratik toplumun temel ilkelerinden birisi ve toplumun ve bireyin gelişebilmesinin temel koşulu olduğu belirtilmiştir. Sözleşmenin 4. maddesinde, taraf devletlere, İHAS'nin 10. maddesine uygun olarak, ifade ve haber alma özgürlüğünü sağlayacak ve yayın izleme özgürlüğünü güvence altına alacak ve bu Sözleşme hükümlerine uygun bulunan program hizmetlerinin kendi toprakları üzerinde yeniden iletiminin kısıtlanamayacağı düzenlenmektedir. Sözleşmenin 3. maddesinde ise Sözleşmenin uygulama alanı, kablo, küresel verici ya da uydu ile olsun, Taraf Devletin yetki alanındaki teknik araçlarla iletilen ya da yeniden iletilen ve birden çok taraf ülkede doğrudan ya da dolaylı olarak alınan program hizmetlerini kapsamaktadır.

³⁴ Grappera Radio AG ve Diğerleri / İsviçre, paragraf 63.

dikkate alınabilecektir. Bu karardan da anlaşıldığı üzere, Mahkeme kararını verirken, olay meydana geldikten sonraki gelişmeleri de göz önünde bulundurmaktadır. Oysa bu durum hukuktan beklenen istikrar ve belirlilik ilkesi için çok ciddi bir tehlike oluşturmaktadır. Mahkeme'nin görevi, ulusal otoritelerin, Mahkeme'nin kararını verdiği sırada değil, ifade özgürlüklerini kullanan kişilere kısıtlama getirildiğinde Sözleşme'ye aykırı hareket edip etmediklerini belirlemek olmalıdır.

bb-Kamu Tekelini Korumak İçin Yayın Lisansı Başvurusunun Reddedilmesi

İfade özgürlüğü, sadece bireylerin bu özgürlüğünü devletin olası müdahalesine karşı koruyan negatif bir özelliğe sahip değildir. Aynı zamanda devletlere bu hakkı koruma adına pozitif bir görev de yüklemektedir. Medya alanında tekelleşme, gücün bir elde toplanması da basın özgürlüğüne karşı potansiyel bir tehlike oluşturabilir. Bu nedenle devletler her şeyden önce basın yayında gerek kamusal gerekse özel tekelleşmeye karşı önlemler almak zorundadır. Nitekim basın özgürlüğünü korumak için tekelleşmeyi önlemeye yönelik tedbirler, hem basında çoğulculuğu hem de bilgi ve kültür bazında çeşitliliği güvence altına alacaktır.³⁵

10. maddenin 1. fıkrasının 3. cümlesinde devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarının, ifade özgürlüğünü ihlal etmeyeceği açıkça düzenlendiği için, Strazburg organları devletlerin bu konularda tekel konumunu kabul ederek, özel işletmeleri ruhsata bağlamak sureti ile yayınları bazı kayıt ve şartlara tabi tutma yetkilerini kabul etmekte idi. Mahkeme bu konu ile ilgili ilk kararlarında, frekansın sınırlı olması nedeni ile radyo-televizyon işletmesinde devlet tekelinin olmasının haklı görülebileceğini belirtmesine rağmen, bu günkü teknik gelişmeler karşısında devletlerin bu konudaki tekeli korumanın 10. maddenin amacı ile bağdaşmadığı kanaatindedir.³⁶

Mahkeme'nin devlet tekeli korumak için yayın ruhsatlarının reddedilmesi ile ilgili baktığı ilk davalardan biri, *Informationsverein Lentia'nın Avusturya aleyhine açtığı davadır*.³⁷ Informationsverein Lentia, Lints'te bulunan 458 daireli ve 30 işyeri içeren bir yerleşim biriminin müşterek mülkleri ile orada oturanların birlikte kurdukları dernek olup, 9 Haziran

³⁵ Dirk VOORHOOF, Critical Perspectives on the Scope and Interpretation of Article 10 of the European Convention on Human Rights, Mass Media Files no: 10, Council of Europe Publications, Strasbourg, 1995, s. 58-59.

³⁶ Grappera Radio AG ve Diğerleri / İsviçre, paragraf 64.

³⁷ Informationsverein Lentia / Avusturya, 24 Kasım 1993.

1978’de Linz Telekomünikasyon Bölge Müdürlüğü’ne yerel haklarına ilişkin sorunlar konusunda yalnızca üyelerine dönük programlar içeren bir kablo yayını kurmak ve işletme için izin talebinde bulunur. Federal Ulaştırma Bakanlığı Telekomünikasyon Müdürlüğü yasal bir dayanak olmadığı gerekçeyle talebi reddeder. Anayasa Mahkemesi de bu karara karşı yapılan anayasa şikâyetini reddeder. Radyo yayıncılığına ilişkin olarak anayasa sözleşmesinin 10. maddesinin 3. cümlesi anlamında izin sistemi öngörmüştür. Objektiflik, tarafsızlık ve çoğulculuğu sağlamak amacı ile öngörülen bu yetki, Avusturya Radyo-TV idaresine verilmiştir. Bu konuda hiçbir uygulama kanunu yapılmamıştır. Anayasa Mahkemesi bu nedenle konuyu idare mahkemesine yollamış, o da Anayasa Mahkemesinin gerekçelerini dikkate alarak talebi reddetmiştir. Diğer dört başvuran da Lentia ile birlikte, benzer gerekçelerle, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na, 10. maddede güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürer.

Mahkeme, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumda oynadığı temel rol üzerinde ısrarla durarak, bu konuda çoğulculuğun büyük önem taşıdığını belirtmiş, yazılı basın kadar görsel basının da çok daha geniş bir alanda programlarını yayması nedeniyle, ifade özgürlüğüne kamu tekelinin çok büyük bir sınırlama getirdiğini belirtmiştir. Bu derecede aşırılığın mutlak bir zorunluluk olması halinde haklı olabileceğini belirterek, son dönemlerdeki teknik gelişmeler sayesinde benzer sınırlamaların günümüzdeki frekans ve kanal sayısına bağlı gerekçelerle yapılamayacağını, ayrıca kararını, haberin objektifliği ve tarafsızlığı gerekçesine dayandıran Avusturya’nın Avusturya halkına dönük yabancı yayınların artması ve idare mahkemesinin kablo ile bunların yayınlanmasının yasal olduğunu kabul eden kararı karşısında değerini kaybettiğini belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, daha az sınırlayıcı çözüm yolları bulunmadığının ileri sürülemeyeceğini belirtmiş, örnek olarak ulusal radyo TV kurumunun faaliyetlerine özel katılım şekilleri öngörerek veya bazı alanlarda katılım izni vererek bazı devletlerin bunu yumuşattıklarını vurgulamıştır. Avusturya Hükümeti’nin Avusturya pazarının özel tekeller oluşmasını önleyecek kadar yeterli özel radyo-TV istasyonlarını kaldıracak nitelikte olmadığı yönündeki ekonomik gerekçesinin ise, Avusturya ile aynı büyüklükte olan diğer bir çok Avrupa ülkesinde devlet istasyonları ile özel istasyonların bir arada faaliyet göstermesi nedeniyle doğru olmadığına ve bundan duyulan korkuların yersiz olduğuna dikkat çekmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, özel radyo –TV yayını yapmak isteyen başvuranlara yapılan müdahalenin güdülen amaçla orantılı olmadığını ve bu nedenle demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vererek 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Bu karardan da anlaşıldığı gibi Mahkeme'ye göre, ifade özgürlüğünü kısıtlayan en büyük etkenlerden birisi de kamu tekelidir. Yani ulusal bir yayın istasyonundan başka, yayın yapmanın tamamen imkânsız kılınması veya yerel kablolu bir istasyonla, sadece çok sınırlı bir şekilde yayın yapılabilmesi durumudur.³⁸ Buna bağlı olarak Mahkeme, bu şekilde çok ileri giden bir kısıtlamanın ancak acil bir ihtiyaç söz konusu olduğu zaman haklı görülebileceğini belirtmiştir. Acil sosyal bir ihtiyacın olup olmadığının incelenmesinde Mahkeme, yayın alanındaki teknik ve yasal gelişmelere başvurmuştur. Mahkeme, teknik gelişmenin sayesinde mevcut olan frekans ve kanal sayısının, kısıtlama için artık haklı bir gerekçe oluşturmadığına karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, Avusturya seyircilerini hedef alan, kablo ile yabancı programların yeniden yayınlarının giderek arttığını ve Avusturya otoritelerinin de bunları yasal olarak kabul ettiklerine işaret etmiştir. Sözleşmeye imza atan belli bazı üye milletlerin uygulamalarına işaret ederek, Mahkeme artık daha az kısıtlayıcı çözümlerin olduğuna hükmetmiştir.

Mahkeme yine Avusturya ile ilgili *Tele1Privatfernsehgesellschaft* kararında radyo-TV üzerindeki kamu tekelini incelemiştir.³⁹ İlgili olayda bir vatandaş 30 Kasım 1993 tarihinde Viyana ve çevresinde yayın yapan bir verici kurma ve işletme ruhsatı verilmesi için Aşağı Avusturya ve Burgerland Telekomünikasyon Kurumu'na başvurmuştur. Telekomünikasyon Kurumu'nun bu isteği reddetmesi üzerine başvuran, yukarıda incelenmiş olan *Informationsverein Lentia ve Diğerleri/Avusturya* kararına atıfta bulunarak, ret kararının Sözleşme'nin 10. maddesi ile korunan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne yazılı bir şikâyette bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi tarafından şikâyetin reddedilmesi üzerine, başvuran 10. maddenin ihlal edildiği gerekçesi ile bu kez de Komisyon'a başvurmuştur.

Mahkeme, 10. maddenin 1. fıkrası 3. cümlesinin, ruhsat rejimi oluşturmak suretiyle devletlere ülkelerinde yayıncılığı -özellikle teknik gerekler yönünden- düzenlemelerine izin verdiğini, böyle bir düzenlemenin teknik şartlar yanında, örneğin kurulmak istenilen tesisin niteliği ve amaçları, ulusal, bölgesel ve yerel düzeydeki muhtemel dinleyici kitlesi, belli izleyici grubunun hakları ve ihtiyaçları, uluslararası sözleşmelerden çıkan yükümlülükler vb gibi diğer amaçları da içerebileceğini belirtmiştir. Mahkeme'nin bu yorumuna göre; 2. fıkrada belirtilen amaçlardan hiçbirine uymasalar bile, amacı 1. fıkranın 3. cümlesine göre meşru olan kısıtlamalara yol açabilecektir. Mah-

³⁸ ibid, paragraf 39.

³⁹ Tele 1 Privatfernsehgesellschaft / Avusturya, 31 Ağustos 2000.

keme, bununla birlikte bu tür müdahalelerin Sözleşme'ye uygunluğunun 2. fıkrada belirtilen diğer gerekler ışığında değerlendirileceğini vurgulamıştır.⁴⁰ Mahkeme, Avusturya'da yürürlükte olan tekel rejiminin -ilgili makamların kendilerine verilen basın yayın kurumlarını denetleme yetkileri vasıtasıyla programların kaliteli ve dengeli olmasına katkıda bulunduğu ve bu rejimin 10. maddenin 1. fıkrasının 3. cümlesi ile uyumlu olduğunu belirtmiştir.⁴¹

Hükümet, Avusturya yayıncılık kanununun *Informationsverein Lentia ve Diğerleri* kararlarından bu tarafa kademeli bir değişim geçirdiğini ve şimdi sözleşmenin 10. maddesi ile uyumlu hale geldiğini ileri sürmüştür. Hükümet, Avusturya'nın topografik yapısı nedeniyle, karasal yayıncılık için kullanılacak sadece üç frekansın mevcut olduğunu ve bunlardan ikisinin de ORF'ye tahsis edildiğini belirtmiştir. Diğer Frekansı özel bir yayıncıya tahsis etmek ise özel bir tekel oluşturabilirdi. Bu nedenle taraf devlet, yasama organının, kıt bir kaynak niteliğindeki frekansları ORF için saklı tutarken, özel yayıncılara kablolu yayın ve uydu aracılığı ile yayın yapma hakkı vermesi, taraf devletlere bu alanda verilen takdir marjı içinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur.⁴²

Mahkeme davayı, kablolu yayın ve uydu aracılığı ile yayın yapmaya izin veren kanunun çıkarılmasından önceki ve sonraki dönemi birbirinden ayırarak iki aşamada incelemiştir. Birinci dönemde Mahkeme, ORF dışında herhangi bir istasyona bir televizyon vericisi kurma ve işletme belgesi verilmesinin hiç bir kanuni dayanağının olmadığını belirtip, başvuranın durumunun yukarıda incelemiş olduğumuz *Informationsverein Lentia ve Diğerleri* davasına benzediğini belirtip sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

İkinci dönem için ise Mahkeme, karasal TV yayıncılığı alanında hala ORF'nin tekel yetkisini korumasına rağmen, özel yayıncıların hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın programlarını oluşturmak ve kablolu TV yayıncılığı yapmak konusunda özgür olduklarını belirtmiştir. Mahkeme Viyana'da TV yayını alan hemen her hanenin kablolu TV ağına bağlanma ihtimaline dikkat çekip, başvuranın haber verme hakkına karasal yayın yapma ruhsatı verilmemesi nedeniyle ortaya çıkan müdahalenin, Yayıncılık Temel Kanunu'nun öngördüğü bir ulusal kanal aracılığıyla haberciliğin tarafsızlığı ve objektifli-

40 ibid, paragraf 25.

41 ibid. paragraf 29.

42 ibid, paragraf 33.

ğini ve fikirlerin çeşitliliğini güvence altına alma gibi amaçlarla orantılı olduğuna ve bu nedenle 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁴³

Mahkeme ikinci dönem için, ifade özgürlüğü üzerinde ORF'nin karasal yayıncılık alanındaki tekel olmasından kaynaklanan olumsuz etkisinin, bu dönemdeki kablolu TV yayıncılığının güvenilir bir alternatif olması vasıtasıyla dengelendiği kanaatindedir. Ancak Mahkeme'nin burada gözden uzak tuttuğu nokta, gerçekten kablolu yayının karasal yayıncılığa alternatif olup olmadığı ve gerek yayıncı gerek seyirciler açısından maliyetinin eşit olup olmadığı konusudur. Şayet maliyet olarak ikisi arasında bir fark yoksa, bu durumda Mahkeme'nin kararı yerinde, eğer ikisi arasında maliyet açısından bir fark varsa -ki kararda bu konuda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır- Mahkeme'nin kararlarını yerinde bulmak mümkün olmayacaktır. Çünkü hâkim Bonello'nun da aynı yöndeki görüşünde belirttiği gibi, bir kimse benzer fikirleri ve bilgileri alırken veya yayarken başkalarına mali veya herhangi bir zarar yüklenmemelidir. Şayet böyle bir yüklenme gerçekleşirse ifade özgürlüğüne ciddi bir müdahale söz konusu olacaktır. Ayrıca, basın yayın alanında bir tekel oluşturmanın zararlı etkileri, ancak kolaylıkla ulaşılabilir seçeneklerin varlığı ile hakkıyla dengelenebilir. Böyle bir seçenek oluşturulmadığı sürece, kişilerin kendilerini özgürce ifade ettiklerini savunmak mümkün olmayacaktır. Eğer karasal ve kablolu TV eşit ölçüde ulaşılabilir ise 10. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmenin de bir anlamı kalmayacaktır.

Mahkeme'nin bu kararından anlaşıldığı gibi, Mahkeme olaydan sonra gelen bir kısım teknik ve yasal değişiklikleri de kararında dikkate almaktadır. Burada Mahkeme, yapılan yasal değişikliğin karasal yayıncılık alanında olmasa da, kablolu yayın ve uydu aracılığı ile özel kişilere TV yayıncılığı yapma imkânı tanıdığı için 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bu davada Mahkeme'nin, olayı iki aşamalı olarak ele alıp birinci aşamada ihlal edildiği yönünde karar vermiş olması yerinde olmasına rağmen, olaydan daha sonra meydana gelen gelişmeleri kararında göz önünde bulundurması ise yerinde olmamıştır. Bu olayda Mahkeme'nin incelemesi gereken esas konu, ifade özgürlüğünün kullanıldığı dönem içinde bu hakkın ihlal edilip edilmediği olmalıydı.

Bu davada Mahkeme'nin birinci dönem için oybirliği ile bozma kararı vermesinden dolayı, Mahkeme'nin radyo ve TV yayıncılığı alanında tekelci bir sistemi onaylamadığı sonucunu çıkarmak mümkündür.

43 ibid, paragraf 41.

cc- Televizyon Programı İçeriği Nedeniyle Lisans Başvurusunun Reddedilmesi

Mahkeme, *Demuth / İsviçre kararında*⁴⁴ TV programlarının içeriğini de denetlemiş, tek amacı “reklam” olan ve toplumun kültürel çoğulculuğuna ve halkın bilgilendirmesine herhangi bir katkısı olmayan TV kanallarına ruhsat verilemeyebileceğine karar vermiştir.

1949 Zürih doğumlu başvuran, CAR TV AG adı ile sadece belli konulara tahsis edilmiş bir TV kanalı kurmak için başvuruda bulunur. TV programı, arabalar konusundaki her türlü değişikliği içerip, özellikle araba haberleri, araba yedek parçaları, trafik ve enerji politikaları, trafik güvenliği, turizm, otomobil sporları, tren ve trafik kazaları ile çevre şartları arasındaki ilişkiyi anlatan bir reklâm içeriğine sahip olacaktır.⁴⁵ Bu kişi 10 Ağustos 1995 tarihinde CAR TV AG adına yayın izni almak için İsviçre Hükümeti’ne başvuruda bulunur. 1996 tarihinde İsviçre Federal Meclisi, ne İsviçre kanunlarında ne de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 10. maddesinde, reklâm ruhsatını güvence altına alan herhangi bir hüküm olmadığı gerekçesi ile başvuruyu reddeder. Bunun üzerine başvuran, CAR TV AG’ye reklâm ruhsatı verilmesinin Federal Meclis tarafından reddedilmesinin, Sözleşme’nin 10. maddesi ile çeliştiği gerekçesi ile Komisyon’a başvurur. Başvuran, bu tip yayın yapan kanalların Almanya ve ABD’de oldukça yaygın olduğunu, bunların demokratik tartışmalara engel olmadığını belirtip yapılan müdahalenin demokratik toplum için gerekli olmadığını iddia etmiştir.⁴⁶

Hükümet ise İsviçre Anayasası’nın 55. maddesinin 2. fıkrasına göre görsel, işitsel medya alanında yayın izni verilmesi için bu yayınların toplumun kültürel çoğulculuğunun gelişimine katkıda bulunması gerektiğini, bunun da Sözleşme’nin 10. maddesinin 1. fıkrasının 3. cümlesi ile uyumlu olduğunu belirtmiştir. Amacı sadece reklam olduğu için bu TV kanalının topluma herhangi bir katkısı olmayacağı ve TV programlarının kalitesini artırmak ve programlar arasındaki dengeyi devam ettirmek için yapılan müdahalenin gerekli olduğunu ileri sürmüştür.⁴⁷ Mahkeme de bu konuda, taraf devletin sahip olduğu ulusal takdir marjını belirlerken, başvuranın böyle bir kanal kurmadaki amacının incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Mahkeme, CAR TV AG’nin araba satışlarını ve de araba fiyatlarını arttırmayı amaçladığını, bu nedenle de yapılan müdahalenin gerekli olduğuna

⁴⁴ Demuth / İsviçre, 5 Şubat 2003.

⁴⁵ ibid, paragraf 10.

⁴⁶ ibid, paragraf 21.

⁴⁷ ibid, paragraf 25-26.

karar vermiştir. Oysa başvuranın amacı, sadece araba ve yedek parçalarının reklâmları değildir. Bunlara ek olarak trafik politikaları, yol güvenliği ve çevre sorunları konusunda da programlar yapmayı da hedeflemiştir. Bunların ise toplumun sosyal yapısına katkısının olmadığını söylemek mümkün değildir. Mahkeme'nin bakış açısından, bu belirtilenler asıl amacı gizlemek için gösterilmiş ikincil hedeflerdir. Bunu tespit etmek ise her zaman kolay olmasa gerektir. Bu nedenle Mahkeme bu davada kararını verirken daha dikkatli davranması gerekirdi. Aksi takdire herhangi bir yayın başvurusu bu ve benzeri gerekçelerle taraf devletler tarafından reddedilebilecektir.

United Christian Broadcasters Ltd / Birleşik Krallık davasında,⁴⁸ dini amaçlı bir örgüt olan başvuran, kendisine yetkili makamlar tarafından radyo yayın lisansı için aday başvuru formu verilmemesini şikayet etmiştir. Bu formun verilmemesi ise bu tür örgütlere ulusal radyo yayın lisansı verilmesinin kanun ile yasaklanması ilkesine dayanmakta idi. Mahkeme, dava konusu sınırlamanın keyfi olmadığını, zira kanunla öngörülen şartlara uymayan tüm adaylara uygulandığını belirtmiştir. Ayrıca, adaya yerel yayın yapma izni için başvuruda bulunmayı engelleyen herhangi bir nedende yoktu. Bu nedenle Mahkeme, başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

b- Hapishane Düzenini Korumak

Hapishanelerdeki yaşamın özel durumundan dolayı, Sözleşme tarafından güvence altına alınan bazı hak ve özgürlükler hapishanelerde doğal olarak daha fazla kısıtlanabilmektedir. Ancak Komisyon ve Mahkeme'nin, bu hak ve özgürlüklerin sınırını çizmede pek titiz davrandığını söylemek de mümkün değildir. Yine de Komisyon ve Mahkeme'nin bazı kararlarından anlaşıldığı gibi, mahkûmlar Sözleşme tarafından güvence altına alınan bazı haklardan, sınırlı ölçüde de olsa, yararlanmaya devam etmektedirler.⁴⁹ Mahkûmların ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahale, ancak hapishane düzeni için gerekli ise söz konusu olmalıdır. Yoksa hiç bir zaman bu kısıtlamalar mahkûmları cezalandırma niteliği taşıyamamalıdır. Yapılan bir sınırlama, bu sınırı aşması durumunda 10. maddenin ihlalini oluşturacaktır.

Sözleşme organlarına göre, mahkûmların ifade özgürlüğüne kamu düzenini koruma gerekçesi ile daha fazla sınırlama getirilebilmektedir. Nitekim Komisyon, mahkûmlardan gelen ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasını taşıyan başvurulara sıcak bakmamış, genellikle kabul edilebilirlik aşamasında bu başvuruları reddetmiştir.

⁴⁸ United Christian Broadcasters Ltd / Birleşik Krallık, 7 Kasım 2000.

⁴⁹ ÖKTEM, a.g.e., s. 294.

Benzer şekilde ABD’de de mahkûmlar bir kısım hakları kısıtlansa da, belli bir takım haklara sahiptirler. Nitekim Amerika’da bir mahkûmun anayasal hakları hapisane müdürü tarafından, eğer önemli bir takım cezai kaygılar bu kısıtlamayı gerekli kılıyorsa, kısıtlanabilmektedir. Buna ifade özgürlüğünün kısıtlanması da dâhildir. Fakat bir mahkûmun ifade özgürlüğü, ancak mahkûmun suçu veya hapisanenin işleyişi ile ilgili meşru bir sebep varsa kısıtlanabilmektedir. Meşru bir neden yokken ifade özgürlüğünün kısıtlanması haklı kabul edilmemektedir.⁵⁰ Oysa bir kısım ülkelerde mahkûmların ifade özgürlüğü bir yana, yaşama hakkının bile güvence altında olduğu şüphelidir. Örneğin, Ekvator ve Kamboçya gibi bazı ülkelerde, mahkûmların hiç bir hakkı bulunmamaktadır.⁵¹

Amerika’da mahkemelerin, hapisane yetkililerine mahkûmların ifade özgürlüğü hakkında belli bir takdir payı bıraktıkları görülmektedir. Örneğin Amerikan mahkemeleri, hapisane yetkililerinin mahkûmların hapisane görevlilerine ya da diğer mahkûmlara küfretmesine izin vermemesini onaylamıştır. Aynı şekilde hapisane yetkilileri, mahkûmların televizyonda röportaj yapmalarını kısıtlayabilmekte ve mahkûmlara posta ile gönderilen bazı gazete kupürlerine el koyabilmektedir. Mahkemelere göre bu kararlar hapisane yönetiminin takdir alanı içinde olduğu için ifade özgürlüğüne bir müdahale sayılmamaktadır. Ancak *Ametel v. Reno* davasında bir mahkeme, Kongre’nin mahkûmlara posta yoluyla açık saçık materyal almalarını yasaklamasına müsaade etmemiştir. Mahkeme, Kongre’nin kısıtlamasının rehabilitasyon değil, cezalandırma amacını güttüğünü, dolayısıyla mahkûmun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin meşru bir amacının olmadığına karar vermiştir.⁵²

Bu alt bölümde Strasburg organlarının, mahkûmların ifade özgürlüğü ile ilgili kararlardan çarpıcı olanlarından bahsedilecektir.

aa- Mahkûmların Bilgi Edinme Hakkı

Komisyon, mahkûmların ifade özgürlüğü ile ilgili olarak önüne gelen ilk olaylardan birinde, mahkûmların bilgi edinme sorununu incelemiştir.⁵³ İlgili olayda başvuran, bilgi edinmek amacıyla, hapisanenin genel tüzüğü ile özgürlüklerinden yoksun bırakılmış olanlara uygulanacak yönetmeliği edinmesine hapisane müdürü tarafından izin verilmemesinin, Sözleşme’nin 10.

⁵⁰ TRAGER / DICKERSEN, *a.g.e.*, s.144-145.

⁵¹ *İbid*, s. 145.

⁵² *ibid*, s. 145.

⁵³ Başvuru no. 1860/63 15 Aralık 1965’ten naklen; A. REYNAUD, **Hapishanede İnsan Hakları**, Çev. Kuntbay İhsan, TODAİE Yayınları, Ankara, 1992, s. 52.

maddesi tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Komisyon, aşağıdaki nedenlerle başvuranın talebini kabul edilemez bulmuştur:

“Komisyon, 10. madde ile bu hakka getirilen sınırlamaların tutukluluk durumundan kaynaklandığını; zira özgürlükten yoksun bırakma cezası, isminden de anlaşılacağı gibi bizatihi bazı hakların kısıtlanmasını içerdiğini, başvuranın hak ve yükümlülüklerinin kapsamını hapisane müdüründen öğrenme hakkına sahip olduğunu, ayrıca tutukluların nasıl davranacaklarına dair kuralların her koşulda asılı olduğunu, öte yandan temyiz mahkemesi kararına göre, hapisane makamlarının tüzük ve yönetmeliği vermeyi reddetmesinin gerekçesinin, ilgilinin bunları istemesinin amacının hak ve yükümlülüklerini daha iyi bilmek olmayıp, hapisane rejimini basınla tartışmak olduğunun anlaşıldığını dikkate alarak başvuranın ileri sürdüğü kısıtlama durumunun, 10. maddenin 2. fıkrasında belirtilen sınırları aşmadığını ve yukarıdan beri sıralanan nedenlerle başvurunun açıkça sakat gerekçelere dayandırılmış olduğuna karar vermiştir.”

Mahkûmların bilgi edinme hakkı ile ilgili diğer bir olayda, başvuran, birkaç çocuğu öldürmek suçundan ömür boyu hapse mahkûm olmuş ve ‘A kategorisine’ (tehlikeli mahkûmlar) ayrılmış olan bölümde cezasını çekmektedir.⁵⁴ Bunun üzerine ilgili mahkûm hapisanenin kollektif yaşamına katılmasının kısıtlandığından yakınlara çeşitli makamlara başvurmuş, bunun üzerine kendisine, durumunun her yıl özel bir komisyon tarafından gözden geçirildiği bildirilmiş, ancak bu komisyonun kimlerden oluştuğu açıklanmamıştır. Sonuçta ise ilgili, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle Komisyon’a başvurmuştur. Komisyon, Sözleşme’nin 10. maddesinin diğer konular yanında, resmi makamların müdahalesi olmaksızın bilgi edinme hakkını da güvence altına aldığını belirtmiştir. Ancak Komisyon, 10. madde anlamındaki bilgi edinme hakkının, resmi makamların bu tür bir komisyon üyelerinin isimlerini açıklamaya zorlayacak kadar geniş yorumlanamayacağı görüşünü benimsemiş ve bu olayda resmi makamların talebi reddetmesinin, müdahale sayılmayacağı ve bu nedenle de başvurunun kabul edilmez olduğunu belirtmiştir.

bb- Mahkûmların Kitap, Dergi ve Gazetelere Erişimi

Strazburg organları mahkûmlar söz konusu olunca, bunların istedikleri kitap, dergi ve broşürlerin, gerek içeriklerinden gerek başka bir dilde yayınlanmasından ya da günlük ve haftalık erişebilecekleri adet sayısını geçtiği

⁵⁴ Başvuru no. 8575/79’ten naklen; REYNAUD, a.g.e., s. 52-53.

için, mahkûmların bu yayınlara ulaşmasının hapisane yönetimi tarafından engellenmesinin Sözleşme'nin 10. maddesine aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir. Nitekim Komisyon mahkûmların ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile önüne gelen davaların çoğunu dayanaktan yoksun bularak kabul edilmezlik kararı vermiştir.

*T.'nin İngiltere aleyhine açtığı davada*⁵⁵ davacı, hapisanenin ana kütüphanesine gidememiş, ama kendi seçtiği kitaplar kendisine yetkililer tarafından ulaştırılmıştır. Davacı ayrıca, kendi gazetesini sipariş edebilmiş ve hapisanenin ek kütüphanesindeki gazetelere erişebilmiştir. Ancak, içinde bulunduğu mali sorunlardan dolayı özel gazete sipariş vermemiş ve maruz olduğu düzenli disiplin cezasından dolayı da bazı zamanlar kütüphanenin ek binasındaki gazeteleri okuyamamıştır. Davacı dergi alacağını ayarlamışsa da, yine kendisine verilen disiplin cezası yüzünden bu dergiler kendisine ulaşmamıştır.

Komisyon her iki tip yayını da ayrı ayrı incelemiştir. Kitaplara erişim konusunda Komisyon, davacının kitaplara sınırlı da olsa, hapisane görevlileri aracılığıyla erişebildiğinden dolayı, bu tür bir kısıtlamanın demokratik bir toplumda gerekli olduğu sonucuna varmıştır. Gazete ve dergilere ulaşım konusunda ise Komisyon, davacının aldığı cezadan dolayı, insanlarla irtibatının istisnai derecede kesilmesi gerektiği gerçeğinden dolayı, hapisane yöneticilerinin davacının bilgilere ulaşımının devamını başka yollarla temin etmeleri gerektiğini vurgulamıştır. Komisyon, idari olarak uygulanabilir başka vasıtaların da olabileceğini düşünmüştür. Davalı Hükümet bu alternatif vasıtaları sağlamadığından dolayı ve davacının tecritinin derecesi ve süresi göz önüne alındığında, davacının gazete ve dergilerden mahrum edilmesinin 10. maddeyi ihlal olduğuna hükmetmiştir.

Andreas Baader, Holger Meins, Ulrike Meinhof, Wolfgang Grundmann'ın Federal Almanya Cumhuriyeti aleyhine açtıkları davada,⁵⁶ 12 Haziran 1972 tarihinde Federal Mahkeme Soruşturma Hakimi, başvuranlardan Baader ve Meins ile ilgili olarak, mahkûmların yalnızca anne ve babası tarafından ziyaret edilebileceği, sadece anne-baba ve resmi görevlilerle yazılaşabileceği ve ulaşmak istedikleri dergi ve gazeteleri yalnızca hapisane görevlileri aracılığı ile elde edebileceklerine dair bir emir çıkartır. Daha sonra bu kısıtlamaların başvuranlardan Meinhof ve Grundmann için de geçerli

⁵⁵ T/Birleşik Krallık, başvuru no. 8231/78.

⁵⁶ Andreas Baader, Holger Meins, Ulrike Meinhof, Wolfgang Grundmann/ Federal Almanya Cumhuriyeti başvuru no. 6166/73, 30 Mayıs 1975, *Yearbook European Human Rights Law Review*, 1975, s. 132.

olduğuna dair bir emir çıkartılır. Bunun üzerine ilgililer sözleşmede güvence altına alınmış 3, 6, 8, ve 10. maddelerin ihlal edildiği gerekçesi ile Komisyon'a başvururlar. Başvuranlar özellikle kendilerinin siyasi mahkum oldukları ve kendilerinin hücreye konulmak suretiyle diğerlerinden tecrit edilmele-ri, ziyaretçilerinin kısıtlanması, yazışmalarının ve gazete okumalarının engellenmesi dolayısıyla dış dünya ve diğer mahkumlar ile ilişkilerinin kesildiğini iddia ederler.⁵⁷ Taraf devlet ise, başvuranların pek çok yaralama, adam öldürme ve bombalama eylemlerine karıştıkları için çok tehlikeli olduklarını belirtir. Taraf devlet yapılan bu kısıtlamaların, bu kadar tehlikeli olan başvuranların her türlü kaçma hazırlığından uzak tutulması için gerekli olduğunu ileri sürmüştür.

Komisyon, davacıların başka yollarla da bilgi edinebileceklerine karar vermiştir. Her bir mahkûm, günde bir saat başka bir mahkumla zaman geçirebilmekte, ruhsal ve bedensel sağlık danışmanlarıyla irtibat kurabilmekte ve anne baba ve avukatları tarafından ziyaret edilebilmektedir. Bu nedenle Komisyon, hakimın verdiği emrin, anarşi veya suç işlenmesini önlemek için gerekli olduğuna, bu nedenle yapılan sınırlamanın 10. maddeye aykırı olmadığını karar vermiştir.⁵⁸

*X.'in Birleşik Krallık aleyhine açtığı davada,*⁵⁹ 1933 doğumlu olan başvuran Özgür Galler Ordusu adındaki bir örgütün üyesidir. 1970'te içinde bir kısım patlayıcılar kullanmayı da kapsayan bazı suçlardan dolayı 10 yıl hapis cezasına mahkûm olmuştur. Hapishane yönetiminin "Le Peuple Breton", "Irish Democrat", "Herald Cymraeg", "Sunday Express" gibi belli bazı dergi ve gazetelerin verilmediği için ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Davalı Hükümet bu yayınların izni olmayan yetkisiz kaynaklardan geldiğini veya davacının kendisine hak olarak verilen, günde bir gazete ve haftada yedi dergi olarak öngörülen sayının ötesinde olduğunu arz etmiştir. Komisyon mahkûma sağlanan temel yayın alma hakkının oldukça yeterli olduğunu ve bu konuda aşırı tutumlu davranılmadığını bildirmiştir. Komisyon, davacının, özellikle hapishane yöneticilerinin kolayca kontrol edemeyeceği yabancı dilde yazılmış kaynakları almak istediği görüşündedir. Komisyon, bu isteğin karşılanmış olması durumunda, hapishane yönetiminin oldukça zorlanacağına, bu nedenle de yapılan sınırlamanın demokratik toplumda düzeni korumak için gerekli olduğuna karar vermiştir.

57 ibid, s. 134.

58 ibid, s. 146.

59 X/Birleşik Krallık, başvuru no: 5270/72 .

*Malcolm Lowes'in Birleşik Krallık'a karşı açtığı davada,*⁶⁰ başvuranın 'Gothic Ripples' adlı yayının daha önce diğer sayılarının alınmasına izin verilmesine rağmen 16 ve 17. sayılarının açıkça anti-semitist olduğu ve hapishane düzenini tehdit ettiği için almasına izin verilmemiştir.

Davacının başvurusu üzerine Komisyon, söz konusu yayının 16 ve 17. sayılarının açıkça anti-semitizmi, ırkçı önyargılılığı ve silah kullanımını körükleyen yayınların reklâmlarını içerdiğini, derginin o sayısının içeriğinde de anti-semitist ve saldırgan bir dil ve resimler kullanıldığını düşünmüştür. Ayrıca yayında anti-siyonizmin herhangi bir tartışmasının yapılmadığını belirtmiştir. Komisyon derginin 19. sayısını incelemiş bu sayının mahkûmlar tarafından ulaşılmamasına herhangi bir kısıtlama konulmamış olduğunu saptayıp, bu sayısının tartışmacı bir üslubu olsa da, daha az saldırgan ve daha az anti-semitist içerikli olduğunu belirlemiştir. Hapishanenin yayının bütününe genel bir yasak koymadığı ve her bir sayıyı ayrı ayrı inceleyerek karar verdiğini göz önünde bulundurarak, Komisyon davalı Hükümetin takdir alanı içinde hareket ettiğine, yapılan müdahalenin düzeni korumak ve suç işlenmesini önlemek için gerekli olduğuna, bu nedenle 10. maddenin ihlal edilmediği gerekçesi ile başvurunun kabuledilmez olduğuna karar vermiştir.

Bu kararlardan anlaşıldığı gibi Komisyon, özel bazı yayınlarla ilgili talepleri reddetmenin veya bunlara ulaşmayı kısıtlamanın, eğer bu kısıtlamalar bütün yayınları kapsayacak şekilde değil de, her sayı için ayrı bir şekilde ele alınıyorsa yapılan kısıtlamanın 10. maddeye uygun olduğunu düşünmektedir.

Hapishanelerdeki özel yaşamın zorluğundan dolayı, hapishane idarecilerinin mahkûmların bir kısım yayınlara ulaşmasının, normal yaşama nazaran daha sıkı incelenmesi ve dikkatli davranılması, kamu düzenini korumak ve suç işlenmesini önlemek adına gerekli olabilir. Ayrıca hapishanelerde mahkûmlar için her türlü ortamı sağlamalarını beklemek de güç olsa gerektir. Bu nedenle Komisyon'un, mahkûmların ifade özgürlüğü ile demokratik bir toplumun dahi ihtiyacı olan hapishane düzeni arasında bir denge kurmaya çalıştığı söylenebilir. Ancak yine de bu incelemeleri yaparken, kamu düzeni adına mahkûmların her türlü ifade özgürlüğü kısıtlanmamalı, kamu düzenini bozduğu iddia edilen yayının, gerçekten kamu düzeni için bir tehlike oluşturup oluşturmadığı ya da suç işlenmesini teşvik edip etmediğinin incelenmesi gerekmektedir.

c-Askeri Düzeni Korumak

Ordunun düzenli bir şekilde görevini yerine getirebilmesi için askeri yaşam, sivil yaşama nazaran daha fazla sınırlamalara tabi tutulabilmektedir. Bu

⁶⁰ Malcolm Lowes / Birleşik Krallık, başvuru no: 13214/87, 9 December 1988.

bağlamda Sözleşme organları kamu düzenini koruma adına askeri düzenle ilgili bir dava önüne geldiğinde, taraf devletlere daha geniş bir ulusal takdir marjı tanımaktadır.

Mahkeme, askeri disiplinle bağdaşmayan yayın nedeni ile açılan Engel ve Diğerleri / Hollanda davasında,⁶¹ askeri düzeni koruma adına taraf devletin daha geniş bir takdir yetkisi olduğu gerekçesi ile 10. maddenin ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir.⁶²

Alarm adlı derginin editörü olan başvuru, bu derginin 1971’de çıkan 8. sayısının hazırlanmasına da katkıda bulunmuştur. Kışla komutanı, bu sayıda askeri disiplinle bağdaşmadığını düşündüğü yazılar nedeniyle, Savunma Bakanlığı’nın 21 Aralık 1967 tarihli ‘Yazılı Metinler Dağıtılması’ hakkındaki talimatına dayanarak, derginin Eylül sayısının dağıtılmasını geçici olarak yasaklamıştır. Başvurucuya da disiplini zayıflatmayı amaçlayan bir yazının yayınlanmasına ve dağıtımına katıldığı gerekçesi ile yetkili komutan tarafından disiplin cezası verilmiştir.

Başvurular bu cezalar aleyhine itirazda bulunma niyetlerini açıklamışlardır. Bunun üzerine kendilerinden bu davalar sürerken askeri disiplini zayıflatıcı yazılar yayınlamamaları için söz vermeleri istenmiştir. Başvurular bu tür yazılar yazma niyetinde olmadıklarını, yazıları okunmaları için yayınladıklarını belirtmişlerdir. Nitekim böyle bir söz vermedikleri için başvurular sıkı göz hapsinde tutulmuşlardır.

Başvuranlar yayınladıkları yazılarla askeri disiplini zayıflattıkları gerekçesiyle kendilerine ceza verilmesinin Sözleşme’nin 10. ve 11. maddelerini ihlal ettikleri gerekçesi ile Komisyon’a başvurmuşlardır. Komisyon, 11. maddeyle ilgili başvuruyu temelden yoksun bulurken, 10. maddenin ihlal edildiği gerekçesi ile başvuruyu kabul edilebilir saymıştır.

Mahkeme, taraf devlet tarafından yapılan sınırlamanın ‘düzensizliğin önlenmesi’ amacı ile yapılmasından dolayı, incelemesine, öncelikle ‘düzen’ kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklayarak başlamıştır. Mahkeme ‘düzen’ kavramının, Sözleşme’nin 6 (1) ve 9 (2) fıkraları ile 4. Protokol’ün 2(3) fıkrasında belirtilen *kamu düzenini* (public order) ifade etmediğini, ama aynı zamanda belirli bir sosyal grubun içinde hüküm sürmesi gereken düzen anlamını da içerdiğini vurgulamıştır. Örneğin, silahlı kuvvetler gibi bir grubun içindeki düzensizliğin, bir bütün olarak toplumun düzeni üzerinde yan-

⁶¹ Engel ve Diğerleri / Hollanda, paragraf 98.

⁶² Gregory P. PROPEs, “Wherefore Art Thou Deference? The European Court of Human Rights, Military Discipline, And Freedom of Expression”, **Houston Journal Of International Law**, 1996-1997, s. 297-298.

kıları olabilir. Tartışma konusu cezaların, Hollanda silahlı kuvvetleri içinde bir düzensizliği önleme amacıyla alınmış oldukları ölçüde meşru bir amacı gözetme şartını yerine getirmiş olacağına karar verilmiştir.⁶³

Mahkeme, ordunun düzenli bir şekilde işlenmesi için askeri personele getirilen bir kısım sınırlamaların demokratik toplum için gerekli olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre, askeri düzenin, askeri personelin askeri düzeni bozmasına yönelik önlemler alınmadan yerine getirilmesi imkânsızdır.⁶⁴ Mahkeme yapılan sınırlamanın demokratik toplum için gerekli olduğunu belirtirken, ayrıca askeri yaşamın özelliklerini, silahlı kuvvetler mensuplarının yerine getirmekle yükümlü oldukları görev ve sorumluluklarının da olduğunu ve bu konuda taraf devletlerin ulusal takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir. Mahkeme bu açıklamalara ek olarak bu dergilerin dağıtıldığı döneme de dikkat çekmiş, Ermole kışlasındaki atmosferin biraz gergin olduğu bir dönemde, yukarıda yapılan yazıların yayınlandığını belirtmiştir.⁶⁵ Mahkeme yukarıda açıklanan nedenlerle askeri disiplinin bozulmasını önlemek amacı ile verilen disiplin cezalarının demokratik toplum için gerekli olduğuna ve bu nedenle 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Mahkeme bu kararında ifade özgürlüğü üzerine yapılan sınırlamanın kamu düzenini koruma için gerekli olduğuna karar verirken, askerlerin görev ve sorumluluklarına ve ortamın gerginliğine işaret etmiştir. Oysa Mahkeme dergilerde yer alan ifadelerin gerçekten askeri düzeni için bir risk oluşturup oluşturmadığı konusu üzerinde durmamıştır.

*Grigoriades'in Yunanistan aleyhine açtığı davada,*⁶⁶ eğitime alınmış yedek subay olan davacı, askere alınanlara karşı kötü muameleler yapıldığını ve bunun sonucunda üstleri ile ters düştüğünü iddia etmiştir. Kendisine karşı ceza ve disiplin davaları açılmıştır. Ceza davası beraatla sonuçlanmasına rağmen kendisine disiplin cezası verilmiş ve bu nedenle askerlik süresi uzatılmıştır.⁶⁷ Daha sonra başvurucuya 24 saat izin verilmiş ama bu izin süresi dolmasına rağmen birliğine dönmemiştir. Bunun üzerine başvuru firari sayılmış ve hakkında soruşturma başlatılmıştır. Buna karşılık başvuran, bir taksi şoförü aracılığı ile birlik komutanına, orduda genç askerlere karşı yapılan kötü muameleleri belirten bir mektup göndermiştir. Mektupta askerlik kurumunun insanları aşağıladığını, ordunun insana ve topluma karşı bir ku-

⁶³ Engel ve Diğerleri / Hollanda, paragraf 98.

⁶⁴ ibid, paragraf 100.

⁶⁵ ibid, paragraf 101.

⁶⁶ Grigoriades / Yunanistan, 25 Kasım 1997.

⁶⁷ ibid, paragraf 11.

rum olup, niteliği gereği barışla çeliştiğini, askerliğin şiddet psikolojisi yaratarak şiddete karşı tüm ahlaki ve psikolojik direnci kırdığı için toplumda işlenen suçlardan ve saldırganlıktan sorumlu olduğunu, ordunun bir yıldırma havası oluşturarak ve radikal gençliğin ruh zenginliğini parçalayıp ufalamak sureti ile, bir suç ve terör kurumu olarak kalmaya devam ettiğini anlatmıştır.⁶⁸ Bu mektup sadece birlik komutanı ve başvuruçunun arkadaşı olan bir başka subay tarafından görülmüştür. Davacı, orduya hakaret etme suçundan üç aylık bir hapis cezasına çarptırılmıştır. Bunun üzerine başvuran, Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile Komisyon'a başvurmuştur. Komisyon bire karşı yirmisekiz oyla 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme, bu dava ile ilgili kararında ifade özgürlüğü ile ilgili temel yorumlarından biri olan, 10. maddenin ordunun kışla sınırına gelince durmadığı⁶⁹ şeklindeki açıklamasını tekrarlamıştır. Mahkeme'ye göre, 10. maddenin uygulaması kışlanın kapısında durmamaktadır. Bu madde sözleşmeciler devletlerin egemenlik alanı içinde bulunan diğer insanlara olduğu gibi asker kişilere de uygulanır. Bununla birlikte, Mahkeme'nin daha öncede belirttiği gibi, silah altındakilerin askeri disiplini zayıflatmalarını önlemek için düzenlenmiş hukuk kuralları bulunmadan, bir ordunun gerektiği şekilde görev yapmasını düşünmek mümkün değildir. Askeri disipline gerçek bir tehdidin bulunması halinde Sözleşmeciler devletler ifade özgürlüğüne yasaklar koyabilmelidirler.⁷⁰

Mahkeme'nin bu açıklamalarından da anlaşıldığı üzere, Sözleşme'yi imzalayan devletlerin bütün vatandaşları gibi askeri personeli de ifade özgürlüğüne sahip olup, 10. maddenin korumasından yararlanacaktır. Mahkeme, mektupta sert ve aşırı ifadelerle yer verildiğine de karar vermiş olmasına rağmen, bu ifadelerin bu genel ve uzun yazı kapsamında, askeri yaşamı ve bir kurum olarak orduyu eleştirdiğine⁷¹ dikkat çekmiştir. Mahkeme ayrıca, mektubun geniş bir kitleye dağıtılmadığını ve kişisel olarak komutana veya başka şahıslara hakaret edilmediğini belirtmiştir. Buna bağlı olarak Mahkeme, söz konusu mahkûmiyetin demokratik bir toplumda olmaması gerektiğine hükmetmiştir.

Burada şunu belirtmekte fayda vardır: Mahkeme bu davada yukarıda incelenmiş olan Engel ve Diğerleri / Hollanda davasındaki gibi, askerinin görev

68 ibid, paragraf 14.

69 ibid, paragraf 45.

70 ibid, paragraf 45.

71 ibid, paragraf 47.

ve sorumluluklarına atıfta bulunmamıştır. Bunun yerine, ifade özgürlüğü hakkının ordu kışlasının giriş kapısında bitmediğini vurgulamıştır. Bu bakış açısı, Mahkeme'nin askerlerin ifade özgürlüklerini, diğer insanların ifade özgürlüğü hakkı ile aynı seviyede görmeye başladığı izlenimini vermektedir.

Mahkeme, mektubu sadece iki kişinin gördüğünü vurgularken, askerlerin ifade özgürlüklerinin, sözlerini sadece gizli ve özel bir şekilde ifade ettiklerinde korunabileceği gibi bir izlenim vermektedir. Eğer bir kişi hür ifade hakkını, çok fazla kısıtlanmış denetimli bir ortamda kullanabiliyorsa, buna hak demek oldukça zordur.

Ancak Komisyon, *Olivier Le Cour Grandmaison ve Laurent Fritz'in Fransa aleyhine açtıkları davada*,⁷² bunun tersi bir karar vermiştir. Fransız askerleri olan bu iki davacı, askeri görevlerini eski Federal Almanya Cumhuriyeti'nde yerine getirmişlerdir. Bu askerler, Fransız birliklerinin Batı Almanya'dan çekilmelerini talep eden broşürler bastırılmış ve dağıtmışlar ve bu talebi belirten bir dilekçe için imza toplamışlardır. Sonuç olarak aleyhlerine dava açılmış ve askerler emirlere karşı gelme ve disipline aykırı hareket etmeye kışkırtılmaktan suçlu bulunmuşlardır. Her iki davacı da, Fransız mahkemelerince bir yıllık hapis cezasına çarptırılmışlar, ancak cezaları tecil edilmiştir.

Komisyon dağıtılan broşürlerin ordu içinde ciddi düzensizliğe neden olabileceğine⁷³ ve yapılan hareketle hiyerarşi ve disipline karşı mücadele etmek için işbirlikçi bir örgüt kurma niyetinin gösterildiğine karar vermiştir. Komisyon, özellikle söz konusu suçların yurtdışında konuşlanan bir birimde gerçekleştiğine bakarak, Fransız mahkemelerinin, davacıların askeri disipline zarar vermeye çalıştıklarını düşünmeleri için iyi bir sebepleri olduğuna hükmetmiştir. Komisyon'un nihai kararında, müdahalenin sadece, davacıların ifade özgürlüğünü kötüye kullanmalarının cezalandırılması olduğu belirtilmiştir.

Saszman / Avusturya davasında, davacı, ordu mensuplarını basın aracılığıyla itaatsizliğe ve askeri yasaları çiğnemeye kışkırtma suçu dolayısıyla tecilli olarak üç ay hapse mahkûm edilmişti. Komisyon, Avusturya federal ordusunda düzenin sağlanması ve ulusal güvenliğin sağlanması açısından davacının mahkûm edilmesini haklı bulmuştu. Komisyona göre; "...askeri yasaların görmezlikten gelinmesi yönündeki kışkırtma, anayasaya uygun tarzda kabul edilmiş yasaların ilgasını amaçlayan anayasa dışı bir baskı

⁷² Olivier Le Cour Grandmaison ve Laurent Fritz / Fransa, Başvuru no: 11568/85, 6 Temmuz 1987.

⁷³ ibid, paragraf 161.

oluşturur. Bu tür anayasa dışı baskı demokratik bir toplumda hoş görülmez.”

Avrupa Mahkemesi, Engel ve Diğerleri davasından yaklaşık 20 yıl sonra benzer bir davada farklı bir sonuca ulaşarak, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi* davasında⁷⁴ görüşünü değiştirmiş ve ters yönde bir karar vermişti. Merkezi Viyana’da bulunan birinci davacı şirket VDSO, askeri yaşamla ilgili bilgiler ve makaleler içeren *der Igel* adlı bir dergi basmaktadır. Bu şirketin kendi dergisinin de, özel kurumlar tarafından basılan diğer iki dergi -Miliz-İmpuls ve Visier- gibi, kışla içinde dağıtılması yolundaki isteğine, Avusturya Federal Savunma Bakanlığı’ndan herhangi bir cevap gelmemiştir. Bu konuda parlamento üyeleri tarafından ilgili bakana soru sorulması üzerine Savunma Bakanı, 10 Mayıs 1989 tarihli bir mektupla bu derginin ordu kışlasında dağıtılmasına izin verilmediğini bildirmiştir. Savunma Bakanı, Askeri Kuvvetler Kanunu’nun 43. maddesinin 3. fıkrasına göre sadece, ordunun anayasal görevlerini tanımlayan, ordunun saygınlığına zarar vermeyen yayınlara izin vereceğini belirtmiştir. Bakanın görüşüne göre, davacı şirketin dergisi bu ölçütlere uymamaktadır.

VDSO’nun bir üyesi olan ikinci başvuran 1 Temmuz 1987 tarihinde zorunlu askerlik hizmetine Salzburg’da bulunan Schwarzanberg kışlasında başlamıştır. Yemin töreni sırasında doğrudan Cumhurbaşkanı’na karşı bir protestoda bulunmuştur. Bunun üzerine kendisine, uymakla yükümlü olduğu Askeri Kanun’a saygısızlık ettiği bildirilmiştir. 29 Aralık 1987 tarihinde *der Igel*’in 3/87 sayısını askeri kışlada dağıtırken, kendisine dağıtımın durdurulması bir subay tarafından emredilmiş olup, derginin söz konusu sayısında, askeri eğitim ve bir kısmı basında da yer almış olan askeri yaşamla ilgili eleştirel makaleler yayınlanmıştır.

12 Ocak 1988 tarihinde bu sefer başka bir subay tarafından ikinci başvuran 1975 ve 1987 tarihli genelge ve 4 Ocak 1988’de değiştirilen, yetkili komutanın izni olmadan herhangi bir yayının dağıtılmasını yasaklayan Schwarzenberg kışlası düzenlemelerine saygısızlık ettiği bildirilir. Bunun üzerine başvuran, bu yasaklamayı ve 29 Aralık 1987 tarihli emirle ilgili, Federal Savunma Bakanlığı bünyesindeki Askeri Şikâyetler Kurulu’na (Military Complaints Board) şikâyette bulunur. Başvuranın bu talebi bakanlığın şikâyetler birimi tarafından reddedilir. Başvuran Anayasa Mahkemesi’ne başvurmasına rağmen yine de olumlu bir sonuç alamaz. Bunun üzerine Sözleşme’nin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile ilk başvuran VDSO ve Bay Gubi Komisyon’a

⁷⁴ Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi / Avusturya, 19 Aralık 1994.

giderler. Komisyon 12'ye karşı 9 oyla her iki başvuranın da ifade özgürlüğünün ihlal edilmesi nedeni ile davanın kabul edilebilirliğine karar verir.

Mahkeme her iki başvuran açısından olayı ayrı ayrı inceler. Mahkeme ilk başvuran açısından derginin askeri kışlada dağıtılmasının, başvuranın ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğuna, bu müdahalenin kanuni dayanağının olduğuna ve Engel ve Diğerleri / Hollanda davasında olduğu gibi, askeri düzeni koruma meşru amacını güttüğünü kabul etmiştir. Ancak Mahkeme yapılan sınırlamanın demokratik toplum için gerekliliğini incelerken, Engel ve diğerleri kararında olduğu gibi, askeri görev ve sorumluluklardan bahsetmeyip, ifade özgürlüğünün kışla kapısında durmayacağı yönündeki özgürlükçü kararını almıştır. Mahkeme'ye göre dergideki makaleler, eleştirel ve hatta iğneleyici bir şekilde yazılmış olmalarına rağmen, askerin, askeri kuvvetler içindeki itaat görevine ve hizmet amacına bir zarar vermemiştir. O halde bu dergi, askeri disipline ciddi bir tehdit teşkil etmemektedir ve askeri birimler içinde dağıtılması engellenmemelidir.⁷⁵

Mahkeme, ülkenin bütün kışlalarında özel ve devlet yayınlarının serbestçe dolaştırılabildiğini, ancak bu imkânın sadece *der Igel'e* kapatılmış olduğunu gözlemiştir. Buna bağlı olarak Mahkeme, bu kısıtlamanın sadece zorunlu gereklilikler olduğunda haklı olabileceğine karar vermiştir.⁷⁶ Mahkeme, Avusturya Hükümeti'nin, derginin içeriğinin ordunun disiplinini ve etkinliğini tehlikeye düşürdüğü iddiasını reddetmiştir. Mahkeme, derginin hiçbir sayısının itaatsizlik veya şiddet telkin etmediğine ve ordunun faydasını dahi sorgulamadığına karar vermiştir. Ayrıca Mahkeme, derginin tartışmacı üslubuna rağmen demokratik bir devletin ordusunda, aynen böyle bir ordunun içinde hizmet ettiği toplumda olduğu gibi, hoş görülmesi gereken, görüş alışverişi ve düşüncelerin tartışılması açısından izin verilebilirlik sınırlarını aşmadığı görüşündedir.⁷⁷ Bu nedenle Mahkeme, derginin askeri disipline ciddi bir tehdit unsuru olarak görülmesinin pek mümkün olmadığına bu yüzden ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷⁸

İkinci başvuran açısından da Mahkeme, dergideki makalelerin, eleştirel ve hatta iğneleyici bir şekilde yazılmış olmalarına rağmen, askerin, askeri kuvvetler içindeki itaat görevine ve hizmet amacına bir zarar vermediğine hükmetmiştir. Mahkeme bu derginin askeri disipline ciddi bir zarar vermediği için askeri kışlada dağıtılmasının yasaklanmasının Sözleşme'nin 10. mad-

⁷⁵ PROPES, a.g.m., s. 293-294.

⁷⁶ Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi / Avusturya, paragraf.37.

⁷⁷ ibid. Paragraf 38.

⁷⁸ PROPES, a.g.m., s. 294.

desinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Avusturya Hükümeti davacıların çıkarttıkları yaygın ülkenin savunma sistemini ve ordunun etkinliğini tehlikeye soktuğunu ve kamu düzeninin bozulmasına ve suç işlenmesine yol açabileceğini ileri sürmesine rağmen, Mahkeme Hükümetin görüşüne katılmamıştır. Mahkeme'ye göre yayındaki yazıların çoğu; "...şikâyetleri dile getirmekte, reform önerileri yapmakta ve okuyucuları yasal yollara başvurmaya ya da temyiz işlemleri başlatmaya teşvik etmekteydi. Ancak sık sık polemik bir ton benimseseler de, demokratik bir devletin hizmet ettiği bir toplumda olduğu gibi ordusunda da hoşgörülmesi gereken bir fikir tartışması çerçevesinde izin verilebilecek olanın sınırını aşmadıkları söylenebilir."

Mahkeme, radikal dinci görüşleri nedeniyle Yüksek Askeri Şura kararıyla görevinden uzaklaştırılan bir Türk askeri hakimine ilişkin Kalaç/Türkiye davasında,⁷⁹ başvuru sahibinin tarikata mensubiyeti dolayısıyla askeri disipline aykırılık nedeniyle görevden alınmasının 9. madde tarafından güvence altına alınan haklara müdahale oluşturmadığına hükmetmiştir. Mahkeme taraf devletin tezini benimseyerek, başvuranın görevden uzaklaştırılmasının, onun dini tezahürlerinden değil, tarikata mensubiyeti nedeniyle askeri disipline aykırılıktan kaynaklandığını belirtmiştir. Mahkeme kanunilik, meşru amaç ve zorunluluk kriterlerini sorgulamayı gerekli görmemiştir. Dolayısıyla kararını verirken, ilgili sınırlama nedenlerinden birine dayanmamıştır. Ancak, başvuranın ordudan ihracı, ordunun hiyerarşik dengesini bozma gerekçesi ile verildiği için Mahkeme'nin, gerekçesini, 2. fıkra düzenlenmiş düzenin korunması amacına dayandırması daha yerinde olurdu.⁸⁰

III. SONUÇ

İnsan hakları belgelerinde, hak ve özgürlükleri sınırlandırmanın çok değişik yolları vardır. Sınırlamalar madde metninde öngörülebileceği gibi, olağanüstü hal ve savaş dönemlerine özgü kısıtlamalar biçiminde de olabilir. AİHS'de ise genel bir sınırlandırma maddesi bulunmamaktadır. İnsan Hakları Komisyonu, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin, Sözleşme'nin öngördüğü korumanın dışında tutulabilen "*doğal sınırlandırmalar*" ile çevrili olduğu fikrini geliştirmiştir. Komisyon, doğal sınırlamaları, mahkûmlar, askeri personel, akıl hastaları devlet memurları gibi özel durumları olan kişilerden kaynaklanan olayları göz önünde bulundurarak geliştirmiştir.⁸¹

⁷⁹ Kalaç / Türkiye, 1 Temmuz 1997.

⁸⁰ ÖKTEM, a.g.e., s. 353.

⁸¹ BEYDOĞAN, a.g.e., s. 86.

Sözleşmenin 8 ila 11. maddeleri arasındaki her sınırlandırma, “demokratik toplum gerekleri”ne uygun olmalıdır. Bu deyim, Sözleşme ile uyumlu olmayı, yani yapılacak müdahalenin acil sosyal ihtiyacın karşılığı olmasına ve izlenen kanuni hedef ile orantılı olmasını belirtmektedir. Bu noktada AİHS, demokratik bir yaşam için vazgeçilmez hakları korumaya almış ve Komisyon ve Mahkeme’nin değişik kararlarında da buna vurgu yapılmıştır.⁸² Komisyon ve Mahkeme, hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlama davalarını incelerken, sık sık “takdir yetkisi sınırı” kavramına yollama yapmakta, Sözleşme’nin 10. madde 2. fıkrasının “takdir yetkisi sınırı”nı taraf devletlere bıraktığı, ancak bunun sınırsız olamayacağını belirtmektedir. Bu da Mahkeme’ye Sözleşme ile uyumlu olup olmadıkları konusunda son kararı verme inisiyatifi bırakılması içindir.⁸³ Mahkeme, sıfat olarak “gerekli” kavramının, “zorunluluk” ile eş anlamda kabul edilmemesinin yanı sıra, “gerekli” deyimini ile “kabul edilebilir”, “olağan”, “faydalı”, “mantıklı” veya “arzu edilir” gibi anlamların çıkabileceğine vurgu yapmaktadır. AİHM, sınırlandırma sorunlarına ve takdir yetkisi sınırına ilişkin olarak ayrıca, koruma altına alınan haklara istisna teşkil eden, Sözleşme’nin sınırlandırma hükümlerinin dar biçimde yorumlanması gerektiğinin de altını önemle çizmektedir.

AİHM, kamu düzeninin korunması ve suçun engellenmesi açısından, nisbeten daha geniş bir takdir yetkisinin Sözleşme ile taraf devletlere verildiğini kabul etmektedir. Mahkeme, her ne kadar bireyin hakları ile sınırlandırmalar arasında bir denge arayışında olsa da, bu konudaki kararlarda, ağırlığın devlet menfaatlerinden yana kaydığını göstermektedir. Bu da iç hukukta milli otoritelerin, çerçevesi belirsiz sınırlandırma gerekçelerine dayanarak suistimale kaymalarına fırsat verebilmektedir. Mahkeme’nin, normalde ifade özgürlüğü kapsamına giren konularda karar verirken, özgürlükçü bir yaklaşımla hareket ederek otorite-özgürlük dengesini kurmaya çalışması daha yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

AKAD, Mehmet / Bihterin Vural DİNÇKOL; **Genel Kamu Hukuku**, 3. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2004.

⁸² Zühtü ARSLAN, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında “Demokratik Toplum” Kavramı, Türkiye’de İnsan Hakları, **TODAİE**, Ankara, 2000, s. 194.

⁸³ BEYDOĞAN, **a.g.e.**, s. 100, 102.

- ARSLAN, Zühtü (Der.); **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003
- ARSLAN, Zühtü; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında “Demokratik Toplum” Kavramı, Türkiye’de İnsan Hakları, **TODAİE**, Ankara, 2000.
- ARSLAN, Zühtü; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2005.
- BARENDT, Eric; **Freedom of Speech**, Clerandon Press, Oxford, 1985.
- BAŞBAKANLIK İNSAN HAKLARI BAŞKANLIĞI, **İnsan Hakları**, 1. Baskı, Ankara, 2006.
- BEYDOĞAN, T.Ayhan; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003.
- ERDOĞAN, Mustafa; **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Yayınları, Ankara, 2007.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz / Şeref GÖZÜBÜYÜK; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; “*Avrupa İnsan Hakları Divanında Söz ve İfade Hürriyeti*”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Yıl: 2, 1980, ss. 41-76.
- HATEMİ, Hüseyin; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976.
- KALABALIK, Halil; **İnsan Hakları Hukuku**, 1.Baskı, Değişim Yayınları, İstanbul, 2004
- KAPANİ, Münci; **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.
- ÖKTEM, Akif Emre; **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, Liberte Yayınları, Ankara, 2003.

- ÖZEK, Çetin; **Türk Basın Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1978.
- PROPEL, Gregory P.; “Wherefore Art Thou Deference? The European Court of Human Rights, Military Discipline, and Freedom of Expression”, **Houston Journal of International Law**, 1996-1997.
- REYNAUD, A.; **Hapishanede İnsan Hakları**, (Çev. Kuntbay İhsan), TODAİ Yayınları, Ankara, 1992.
- SUNAY, Reyhan; Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberte Yayınları, Ankara, 2001.
- TANÖR, Bülent; Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969.
- TRAGER, Robert / Donna L. DICKERSEN; **Freedom of Expression in the 21 st Century**, Pine Forge Press, California, 2003.
- ÜNAL, Şeref; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 2001.
- VOORHOFF, Dirk; Critical Perspectives on the Scope and Interpretation of Article 10 of the European Convention on Human Rights, Council Of Europe Publishing, Strasbourg, 1995.
- YOKUŞ, Sevtap; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı, Yetkin, Ankara, 2002.

ETİĞİN TEMEL KAVRAMLARI IŞIĞINDA HUKUK

*Yrd. Doç. Dr. Arslan TOPAKKAYA**

I. Giriş

Hukuk “düzenleyici” sosyal bir norm¹ olarak belirli temel ilkelere bağımlı olmak durumundadır. Yani “hukuk” dediğimiz olgu tek başına bütün diğer alanlardan tecrit edilerek incelenecek bir alan değildir. Belki diğer alanlar için de bu kısmen geçerlidir fakat bu durum hukuk için temel bir gereklilik gibi durmaktadır. Bu anlamda hukukun gerek diğer bilim dallarıyla (bu ilişki sadece sosyal bilimlerle sınırlanmış bir ilişki değildir, mesela adli tıpta olduğu gibi hukuk fen bilimleriyle de belirli bir ilişki içerisindedir) gerekse toplumda geçerli olan “değer” alanlarıyla kurduğu ilişki “hukuk sistemi”nin oluşmasında önemli bir role sahiptir. Bir toplumda geçerli olan hukuk sistemi mecburen o toplumun din, gelenek, ahlak ve tarihiyle özsel bir ilişki içinde olmalıdır. Bu hem hukukun geçerlilik ve işlerlik kazanması için hem de toplum üyelerinin kendi hukuk sistemlerine sahip çıkmaları ve ona rıza göstererek uymaları bağlamında olmazsa olmaz bir gerekliliktir.

Bu çerçevede hukukun çok yakından ilgili olduğu ya da olması gerektiği bir alan da etikdir. Bunun en önemli sebebi hukukun adalet, eşitlik, özgürlük ve insan onuru gibi temel kavramların aynı zamanda –belkide asli anlamda- etiğin de temel kavramları olması ve bu anlamda bu temel kavramların düşünce tarihinde pozitif hukuktan çok ahlak felsefesinde üzerinde derin tartışma ve yorumların yapılmış olmasıdır. Bu kavramların felsefi anlamda oldukça gerilere giden bir soyağacı vardır ve hukuk bu kavramları ahlak felsefesinin getirmiş olduğu seviyeden hareketle onları bütün bir hukuk sisteminin temeli haline getirmiştir. Hukuk etiğinden kastedilen de budur. Yani hukuk bir bütün olarak, bu temel etik kavramlarının üzerine kurulmuştur. Diğer bir ifadeyle hukuk, bu kavramların insanlar arasındaki ilişkilerde kendilerini gerçekleştirmelerinin bir aracısı olmak durumundadır. Bu bağlamda hukuk bu kavramları kendine “temel ilkeler” olarak almakta ve aynı zaman-

* Erciyes Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi, Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi.

¹ Topakkaya, A.: “İnsanlar Arasındaki Eşitsizlik Üzerine Bir Analiz“, *Erciyes Üniv. Hukuk Fak.Dergisi*, C.II, S.1-2, (2007), s.61-71, s.61.

da bu temel ilkelerin toplumsal alanda gerçekleşmesi için gerekli normatif düzenlemelere gitmektedir. Bu açıdan bakıldığında hukukun da sahip olması gereken bir “etik”ten ya da bir “değerler” sisteminden bahsetmek mümkündür. Fakat bu etik, bireysel anlamda sahip olunan bir “ahlak” bütünü gibi algılanmamalıdır.² Yani hukuk etiği, hukukun ve onun dayandığı hukuk felsefesinin temel çerçevesini çizmektedir. Bu bağlamda hukuk etiğinin alanını şöyle betimlemek mümkündür: “[Hukuk etiği] anlam ve değerlere yönelmiş, ahlaki ölçütleri hukuk ve onun normları için temele almış bir hukuk felsefesinin somut ve maddi yönünün özünü oluşturur. Hukuk etiği, formalizm, pozitivizm ve ahlakı basit bir biçimde işlevselliğe ya da sosyolojik bakış açısına indirgemeye çalışan görüşlerin karşısında yer alır.”³ Burada hukukun temel ilkelerini en iyi ve en doğru bir biçimde hangi ilkenin belirleyebileceğine dair soru karşımıza çıkmaktadır.⁴ Hukuk felsefesi tarihi gözönüne alındığında bu soruya genelde verilen cevap “adalet” kavramıdır. Böyle bir tarihsel bağlamı Batı hukukundaki “hukuk” (*ius*) kavramıyla “adalet” (*iustitia*) kavramı arasındaki benzerlik güzel bir biçimde ortaya koymaktadır. Bu düşüncenin gerisinde Platon’un devletinde ifade ettiği “adalet ideisi” (*δικαιοσύνη*) kavramı yatmaktadır. Adalet kavramı Platon’dan günümüze kadar filozofun siyaset karşısındaki kaygısını billurlaştırın bir kavramdır.⁵ Aristoteles de adalet kavramını toplumsal varlık olan insanın ahlaksal ve hukuksal ilişkilerinde açığa çıkan sosyal bir fazilet olarak kabul eder ve onu eşit muamelenin mükemmel şekli olarak betimler. Adalet kavramı bütün düşünce tarihi boyunca üzerinde en çok düşünülen kavramlardan biri olmuştur. Bu saptama çağımız için de geçerlidir. Bugün hukuk felsefesinde çığır açan J.Rawls’ın *A Theory of Justice* adlı eseri baştan aşağı adalet kavramıyla ilgili bir eserdir.⁶

Biz bu makalede hukukla etiğin ortaklaşa sahip oldukları (doğal olarak farklı açılardan değerlendirdikleri) kavramları etiğin konuları olması açısından ziyade (bu konu üzerinde ahlak felsefesi tarihinde yüzlerce farklı çalışma bulmak mümkündür; bu yüzden makalede tekrar bu tartışmalara girmek-

2 Etiği ahlakın rasyonel ve metodik refleksiyonu olarak nitelendiriyorum. Ahlak ise, din ve geleneği de içine alan ve kapsamı daha geniş olan bir kavramdır

3 Hollerbach, A.: “Rechtsethik“, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft IV, 7.Auflage, s.692-694, s.692, Freiburg 1988.

4 Larenz, K.: *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtethik*, s.29 vd., München 1979.

5 Badiou, A.: *Sonsuz Düşünce*, çev:I.Ergüden&T.Birkan, s.37, Metis yay., İstanbul 2008.

6 Daha fazla bilgi için bkz. Rawls, J.: *Eine Theori der Gerechtigkeit*, übers. H.Vetter, Frankfurt a/M. 1979.

ten kaçınılacaktır) her iki dalın kesişimini oluşturan hukuk etiği açısından incelemeye çalışacağız. Yazının gelişme bölümünde hukukla etiğin ortak kavramları yukarıda zikrettiğimiz kesişim noktası açısından ele alınacaktır. Böyle bir kısa çalışmada bütün etik kavramlarının hukukla olan ilişkisini betimlemek imkânsız olduğundan konu açısından önemli olan adalet, barış, güven, eşitlik gibi kavramlar hukuk etiği açısından ele alınacaktır

II. Belli Başlı Etik Kavramlarının Hukukla İlişkisi

Hukukla etiğin etkileşimini sağlayan ilk ve en genel kavram hiç şüphesiz adalet kavramıdır. Adalet kavramı bağlamında üzerinde durulmadan geçilemeyecek olan I. Kant'tır. Kant'da adalet kavramı “yargıç gücü idesi”nde olduğu gibi devlet mahkemeleri bağlamında, yani insani ve tanrısal ceza gücünün tartışıldığı yerde söz konusu edilir. Kant burada hâkimiyet ilişkilerinden bahseder. Bu ilişki bağlamında adalet kavramı, iktidar gücünün uygulanması sırasında açığa çıkan ikincil bir kavram olarak değerlendirilir. Kant'ın burada merkeze aldığı kavram “özgürlük” kavramıdır. Özgürlük kavramı Kant felsefesinin temel kavramıdır. Ona göre “özgürlük doğuştan kazanılan biricik ve yekta bir haktır.”⁷ Özgürlük hukuk'un genel bir ilkesidir.⁸ Fakat bu özgürlük ancak bütün insanları birbirlerine eşit sayan yasayla mümkündür. Kant'ın bu görüşleri özellikle de insan onuru ve özgürlüğü ile ilgili görüşü, Alman idealizminin mesela Fichte'nin aktif hukuk ve devlet felsefesinde, Schelling'in organizasyona dayalı devlet öğretisinde ve Hegel'in özgürlüğün tarih felsefesi ile ilgili görüşlerinde bulmak mümkündür. Genç K. Marx'ın 1848 yılında kaleme aldığı *Komunist Manifesto*'sunda da vaat edilen sosyal eşitlikten ziyade özgürlüktür. Sistemin temeli olarak özgürlük kavramını, anayasal devletten ilk bahseden kişi olarak J.Locke'da ve toplum sözleşmesini özgürlüğün garantisi ve koruyucusu olarak alan J.J.Rouesseau'da bulmak mümkündür. Adı geçen üç filozof da bireysel iradenin tecelli ettiği özgürlük kavramıyla, genelin iradesinin bir çelişiklik arz edip etmediğini ele alıp tartışmışlardır.⁹

Hukuk etiğinin diğer önemli kavramları sırasıyla barış, güvenilirlik, eşitlik ve güvenlik kavramlarıdır. Barış ve adalet (*pax et iustitia*) ve bunların doğal sonucu olarak ortaya çıkan güven ve emniyet kavramların kökleri,

⁷ Kant; I.: *Metaphysik der Sitten*, AA, Band VI, s.237.

⁸ A.g.e., s.231 vd.

⁹ Topakkaya, A., “Hobbes, Locke, Rousseau ve Kant Hukuk Felsefelerinde Bireysel Özgürlükle Toplumun Genel İradesi Arasındaki İlişkinin Kurulumu Üzerine Bir Analiz”, *Düşünen Siyaset*, sayı 24, 55-66 (2007).

hukuk tarihinde Roma Hukukuna kadar geri götürülebilmektedir. Barış sadece çağdaş anayasaların ve çağdaş hukukun ulaşmak istediği bir amaç olarak değil, aynı zamanda ortaçağdan beri hukuk oteritelerinin ulaşılması gereken bir hedef olarak ortaya koydukları bir kavramdır. İtalyan kralına karşı Padualı doktor Marsilius (1280–1342) Aristoteles’in siyaset felsefesinden hareketle bağımsız vatandaşların oluşturduğu adil bir yönetim sisteminin en büyük amacının barış olduğu tespitini yapar (burada asıl amaç barış, adalet ise bu barışı sağlayan unsurlardan birisi olarak değerlendirilmektedir). Avrupa’daki mezhep savaşlarının gerisinde de barış, sukunet ve güvenlik vaatleri yatar. Bu kavramlar aynı zamanda büyük devlet felsefecisi T.Hobbes’in *Leviathan*¹⁰ adlı eserinin de temel konusu teşkil eder. Buna karşın bu kavramların anlaşılması ve yorumlanmasında eski Yunan’da, Ortaçağda ve Yakınçağda farklılıkların olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Bu bağlamda bu kavramların gerçekleşmesinde kral ya da hakim sınıfın rolünün oldukça önemli olduğu hatta bu anlamda Kant’ın Hobbes gibi kral ya da yönetici sınıfa karşı başkaldırı hakkını olumsuzladığını söylemek gerekir.¹¹ Hatta Kant ilginç bir şekilde yasa koyucu güce karşı itaati “pratik aklın temel ilkerlerinden” biri olarak kabul eder.

Barış ve özgürlüğün mevcut hukuksal ve siyasal sistemle sağlanabildiği toplumlarda güvenilirlik, sosyal düzen ve sosyal ilişkilerin temel paradigması olarak ortaya çıkmaktadır.¹² Barış kavramı zıttı olan savaş kavramını doğal olarak hatırlatır. Bu yüzden 16. yüzyıldan itibaren barış hukuku ile savaş hukuku ayrımı yapılmaya başlanmıştır.¹³ Bu ayrımı sistematik olarak yapan Grotius’un hukuk öğretisinin önemli bir özelliği de eşit yurttaşlar tarafından ortak antlaşmaya dayalı bir hukuk sistemi oluşturma arayışıdır. Ona göre toplumun en büyük amacı “herkese sahip oldukları şeyleri koruma garantisi vermektir”. Bunlar da sırasıyla yaşama, özgürlük ve -karşılıklı anlaşmayla teminat altına alınmak şartıyla- mülkiyettir. Bu düşünceler daha sonra Locke tarafından alınıp geliştirilmiştir. Yaşam (*life*), özgürlük (*liberty*) ve mülkiyet (*property*) kavramları Locke’un politik felsefesinin temel kavramlarıdır. Locke mülkiyet, sadece dışsal anlamda herhangi bir nesneye “sahip olmak” anlamında kullanılmaz. Aslında Locke bu kavramı her insanın en temel hakkı olarak görür ve bu hak ona göre, her insanın kendisinin, sahip olduğu

¹⁰ Hobbes, T.: *Leviathan*, übers.v. W.Euchner, hrsg.v.I.Fetscher, Frankfurt a/M. 1966.

¹¹ Kant, I.: *Metaphysik der Sitten*, s. 318 vd.

¹² Luhmann, N.: *Rechtssoziologie*, III. Auflage, s.114 vd.

¹³ Bu bağlamda H. Grotius’un (1585-1645) “Savaş ve Barış Hukuku (1625)” (*De jure belli ac pacis*) hukuk felsefesi tarihinde eşsiz bir öneme sahiptir.

gücün ve yeteneklerin ve üretim sürecinde sahip olduğu ürünün efendisi olması anlamına gelmektedir. Locke insanlara bunu sağlayamayan siyasal sistemin değiştirilmesi hakkının da bireylerde olduğu, toplum sözleşmesinin ana ilkesi olan bu hakları ihlal eden her hükümetin değiştirilme yetkisinin vatandaşların en doğal haklarından biri olduğu inancındadır. Amerikalı ihtilalciler Locke'un bu görüşleri doğrultusunda 1776 tarihli "Bağımsızlık İlanı"nı gerçekleştirdiler. Bu ilanın baş aktörlerinden Jefferson sadece Locke'daki mülkiyet kavramını (*property*) bu kavramın asli anlamını da içerecek bir şekilde mutluluğa yönelmek (*pursuit of happiness*) kavramıyla yer değiştirmiştir.¹⁴ Bağımsızlık İlanı'nda ifadesini bulan bu temel haklar, aynı sene içinde açıklanan Virjinya Haklar Bildirgesi'nde (*Virginia Bill of Rights*) daha kısa ve özlü bir biçimde ifadesini bulur. "Herkes için eşit özgürlük ve doğuştan getirilen haklar vardır, bunlar yaşama, özgürlük, mülkiyet, mutluluk ve güvenlik haklarıdır".

Bu temel haklar bildirgesi İngiliz anayasa tarihi bakımından ele alındığında yeni bir şey getirmemektedir. Fakat burada birkaç açıdan önemli bir paradigma değişimiyle karşılaşmaktayız. İngiliz vatandaşlarının doğuştan getirdikleri haklar sözkonusu iken, yukarıda ifade edilen Bağımsızlık İlanı'nda insan haklarının evrensel geçerliliği, yani sadece belli bir milletin değil bütün insanların bu temel haklara sahip olduğu ilan edilmiştir. İngiliz kralının keyfi güç kullanımına herhangi bir sınır getirilmezken, adı geçen İlanda böyle bir keyfiyete yer verilmemiş, her bireye kendini belirleme hakkı tanınmıştır. Bütün bunlar içinde İngiliz Anayasası ile Bağımsızlık İlanının dayandığı temel bir farklılık, bütün İngilizlerin kralın metbuları olarak görülmesine karşın, Amerikan vatandaşlarının sadece ülkelerinin vatandaşı oldukları ve hiçbir şekilde bir kral ya da hükümdara tabi olan insanlar olarak görülmemiş olmasıdır. Bütün bunların doğal sonucu gücü elinde bulunduranların bu gücü keyfi olarak kullanmalarının engellenmiş olmasıdır. Daha önemli bir sonuç ise, artık halkın mevcut iktidara karşı muhalefet hakkının ortaya çıkmış olması, bunu değiştirebilecek siyasi hakka sahip olmasıdır. İnsan hakları bağlamında ifade edilen bu yenilikler kısa bir süre sonra Fran-

¹⁴ Bağımsızlık İlanındaki şu ifadeler oldukça dikkat çekicidir: "Aşağıdaki gerçekleri kendiliğinden gerçekler olarak kabul ediyoruz: Bütün insanlar eşit yaratılmıştır ve yaratıcı tarafından çeşitli haklarla donatılmışlardır. Bunlar sırasıyla yaşama, özgürlük ve mutluluğa yönelme onu elde etme haklarıdır. Bunu sağlamak için insanlar hukuksal ölçülere göre bir hükümet kurmalıdır. Kurulan herhangi bir hükümet bu ideallerden uzaklaştığında onu değiştirmek ve yeni hükümet kurmak halkın en doğal hakkıdır. Kurulan bu yeni hükümet yukarıda sayılan temel haklar üzerine kurulmalı, onları genişletmeye çalışmalı ve kendi gücünü halkın güvenliği ve mutluluğunu sağlamak üzere organize etmelidir".

sız İhtilalinde daha sert bir biçimde dile getirilmiştir. Eşitlik, özgürlük ve kardeşlik söylemi (eski) Arupanın özerkleşmiş ve ayrıcalıklı toplumsal yapısına büyük bir darbe vurmuş, bu ilkeleri sağlamlaştırmak adına kan bile dökülmüştür. Bu temel haklar 1789 *İnsan Hakları Bildirgesi*'nde kendi formel yapısına kavuşmuştur. Devlet ve toplum felsefesi açısından oldukça önemli olan bu devrimci Deklarasyon hakkında Hegel 30 sene sonra şunları söyler: "İnsan bu devrimle kendini tersine, yani düşünceye çevirmiş ve gerçekliği bu düşünceye göre kurmuştur".¹⁵

Hukuk etiğinin temel ilkeleri bağlamında hukukun doğruluğunu ölçmek aşağıdaki soruya verilen cevapla yakından ilgilidir. Soru, bu ilkelerin insanlar arasındaki ilişkileri betimlemekle yetinip yetinmeyeceği sorusuyla, dikey anlamda yani bireyle devlet arasındaki ilişki bağlamında devletin hukuki bir şekilde nasıl organize edileceği sorusudur çünkü hukuk insana belirli haklar vermesine karşın ona belirli sorumluluklar da yüklemektedir. Yani bu temel kavramların geçerlilik alanını sadece insanlar arası ilişki belirlememekte, insanla devlet arasındaki ilişkinin belirlenmesinde de hukuk etiğinin temel kavramlarının etkisinden bahsedilmektedir. Bu durum hukuk felsefesi tarihinde bilinen ve hakkında fikirler ileri sürülen bir olgudur. Kant *Hukuk Öğretisinin Metafiziksel Temelleri* adlı eserinin ikinci kısmında kendi özgürlük felsefesi gelişimini metafiziksel devlet öğretisiyle bağlantılandırır. Aynı şekilde Hegel *Hukuk Felsefesinin Ana İlkeleri* adlı eserini "doğal hukuk ve devlet öğretisinin" bir parçası olarak görür. Yani devletin kurumsal yapısını hukuk felsefesinin temel konularından biri olarak değerlendirir.¹⁶ 19. yüzyıl hukuk felsefesinde özellikle yeni Kant'çılıkta devlet organizasyonunun politik boyutunun ilkeler öğretisine göre düzenlenmesi gereği fikrinsel ağırlığını kaybetmiştir. Buna en güzel örnek yeni Kant'çılığın önemli isimlerden biri olan R. Stammler'in (1856–1938) *Doğru Hukuk Öğretisi* adlı eserinde devlet ve anayasadan hiç bahsetmemiş olmasıdır. J. Habermas *Gerçeklik ve Geçerlilik* adlı eserinde konunun hukuk felsefesi açısından gösterdiği zorluklara işaret etmiş ve bu konunun felsefi açıdan tekrar işlerlik kazanmasının zor görüldüğü saptamasında bulunmuştur.¹⁷

¹⁵ Hegel, G.F.W.: Werke, Band XII, s.529.

¹⁶ Topakkaya, A.: "Hegel'in "Hukuk Felsefesinin Ana İlkeleri" (*Grundlinien der Philosophie des Rechtes*) Adlı Eserinde Devlet'in Kurumsal Yapısının Ana Hatlarıyla Analizi", *Erzincan Ünv. Hukuk Fak.Dergisi*, Cilt X, sayı 3-4, 189-201 (2006).

¹⁷ Habermas, J.: Faktizität und Geltung, IV. Auflage, Frankfurt a/M. 1994.

18. yüzyıldan itibaren açığa çıkan devrimci insan hakları beyannamelelerinde hukuk etiği ilkeleri kendini daha fazla hissettirmeye başlamıştır. Yukarıda zikredilen beyannameler güçler ayrılığı ilkesiyle de birleşerek özgürlüğe dayalı bir anayasa kurulmasına sebep olmuş ve bu anayasa kendinden sonra gelen anayasalar için örnek oluşturmuştur. Artık bahsi geçen etik ilkeler üzerine kurulmuş temel haklar, sadece ulus devletler bazında değil, aynı zamanda BM aracılığıyla uluslararası bir mahiyet kazanmış, BM'in 1948 tarihi İnsan Hakları Bildirgesini BM'ye üye olan ülkeler kabul etmiştir. Fakat bu kabule rağmen uygulamada görülen aksaklık bugün bütün yönleriyle kendisini göstermektedir. 1966 tarihli insan haklarıyla ilgili olan iki BM sözleşmesini mevcut devletlerin üçte ikisi parlamentolarından geçirmişlerdir. Fakat buna rağmen, BM'ye üye olan ülkelerin adı geçen bildiriye hakları kendi ülkelerinde pozitif hukukun birer unsuru haline getirdiklerinde oldukça büyük çaplı çelişkiler, karşıtlıklar ve zıtlıklar ve bunların doğal sonucu olarak uygulamada zorluklar meydana gelmektedir. Yani bu bildiride ifade-sini bulan temel haklar, ancak sınırlı sayıdaki ülkelerde tama yakın uygulanmaktadır. BM üye ülkelerin çoğunda bu temel hakların kullanılmasında ya da uygulanmasında büyük sıkıntılar söz konusudur. Çatışma alanlarından en önemlisi toplumda geçerli olan mevcut siyasal ve kültürel yapı ile hukuk arasındaki bazen doğal, bazen de zorlamaya dayalı çatışma noktalarıdır. İnsan hakları temeline dayanan hukuk devleti bireye otonomi güvencesi vermektedir. Fakat bu güvencenin oluşum şartları kolektif olarak ve pozitif hukuk sayesinde geçerlilik kazanabilmektedir. Bu açıdan bakıldığında modern devlet anlayışındaki özgürlük kolektif özgürlüğü mümkün kılan bir özgürlük olmak durumundadır. Böyle bir olgu Kant hukuk felsefesinde oldukça açık bir şekilde formüle edilmiştir. Özgürlüğün akli hukuksallığı cumhuriyetin tek olan devlet anayasasıdır. Böyle anlaşılan "gerçek cumhuriyet halkın temsili sisteminden başka bir şey değildir ve olamaz. Bu halk bütün vatandaşlardır ve onlar milletvekilleri sayesinde kendi haklarını korurlar".¹⁸ Kant doğru ve geçerli hukukun muhakkak surette pozitif hukuka evrilmesi gerektiğini düşünmektedir. Pozitiflik doğru ve geçerli hukuk kavramına ait bir özelliktir. Pozitif hukukun amacı da içerik olarak doğru ve güvenilir olmaktır.¹⁹

Yukarıda sayılan çatışma noktalarından biri de akıl sahibi insanın, aklın doğal yapısına göre oluşturduğu anayasanın, birbirlerinden farklı toplumlarda nasıl geçerli olabileceğine dair ortaya çıkan çelişkidir. Kant bu konu üzerinde de kafa yormuş ve bu sorunsalı meşhur *Ebedi Barışa Doğru* (zum

¹⁸ Kant, I.: *Metaphysik der Sitten*, s.341.

¹⁹ Radbruch, G.: *Rechtphilosophie*, VI. Auflage, s.169.

ewigen Frieden) adlı makalesinde çözmeye çalışmıştır.²⁰ Stoalılardan beri devam edip gelen ve Kant'ın da kabul ettiği görüş, temel insan haklarının ancak milli devletler sayesinde pozitif hukuk haline getirileceği ve gerçekleştirileceği görüşüdür. Milli devlet anlayışına göre oluşan kurumların sadece soyut anlamda bu temel hakları ve kavramları kabul etmesi yetmemekte, bunların gerçekleştirilmesi için gereken çabayı göstermesi beklenmektedir. Bu anlamda bu devletler kuruluş temellerini belirlerken ya da kuruluş felsefelerine göre bu haklara farklı yaklaşımlar ve yorumlar getirebilmektedirler. Burada dikkat edilmesi gereken husus, devletin kendisine ait alan olarak belirlediği alanın sınırlarını oldukça dar tutması, vatandaşlarının özgürlük alanını mümkün olduğunca genişletmeleridir.

Bu tespitlere rağmen hukuk etiğinin temel kavramları soyut ve toplumsal bağlarından bağımsız bir biçimde ele alınamaz (etiğin böyle bir zorunluluk içinde olması etkileşim içinde olduğu hukukun toplumsal yapıyla ilgisinden dolayıdır). Yani eşitlik derken mutlak eşitlikten değil, kanunlar karşısındaki eşitlikten sözedilmekte, bu anlamda sınıfsal ve sosyal eşitsizlikler olağan kabul edilmektedir. İnsan hakları beyannamelerinde ifade edilen bireysel özgürlük, herkesin eşitliği, adalet, güvenlik vs. gibi hukuk etiği ilkelerini mutlak ve pürüzsüz anlamda uygulamak mümkün değildir. Yani bu ilkelerin aynı toplumda bile istenilen seviyede, problemsiz uygulanma şansları yoktur çünkü böyle bir uygulama herşeyden önce homojen bir topluma ihtiyaç duyar. Ya da ancak yeryüzünde tek bir toplum ve tek bir dünya devleti olması durumunda sözü edilen kavramlar ideale yakın geçerlilik kazanabilirler. Bu tespitten hareketle bu temel kavramları değersiz kılmak, onları görmezden gelerek hukuku ilkesiz ve kişiliksiz bırakmak da doğru değildir. Mevcut siyasal iktidar veya mevcut hukuk sistemi, hukuk etiğinin bu temel kavramlarını mümkün olduğunca gerçekleştirilmeye ve onları daima diri tutmaya çalışmalıdır.

III. Sonuç

Etik ilkelerin ve pratik hukuk kurallarının “doğruluğu” onların doğrudan geçerli oldukları anlamına gelmemektedir. Bundan dolayı şimdiye kadar ifade ettiğimiz hukuk etiğine dair “doğru” temel kavramların geçerli ve etkin olabilmesi için, uygun sosyal ortam ve devlet yaptırımını bir zorunluluk olarak karşımıza çıkarmaktadır. Bu açıdan bakıldığında sadece yalın insan hakları beyannamelerinin kendi başına yetmediği aşikardır. Bunun için anayasa hukuku açısından bu temel kavramların pozitif hale getirilerek güvence altına alınması gerekmektedir. Fakat burada da yasama kurumuyla, dayanağını

²⁰ Hofmann, H: Bilder des Friedens oder die Vergessene Gerechtigkeit, s.65 vd.

adı geçen etik kavramlardan alan insan hakları savunucuları arasında bir mücadelenin olması da kaçınılmazdır. Yani hukuk etiğinin bu temel kavramlarını pürüzsüz bir biçimde pozitif hukukun bir parçası haline getirmek oldukça zordur. Ayrıca bu temel kavramların pozitif hukukun bir parçası haline gelmesi onların yapılarında herhangi bir değişim meydana getirmemektir. Hukuk etiği ne yeni bir anayasa ile kaybolup gidecek bir özelliğe sahiptir ne de sırf pozitif hukukun herhangi bir maddesi anlamında olduğu gibi kalan bir şeydir. Hukuk ile etik birbirlerinden ayrı alanlar olmasına karşın herikisi de birbirlerini dışlamaz çünkü hukuk, en başta saydığımız değerlerin kendini gerçekleştirmesinin temel şartını oluşturmaktadır. Yani etikle ilişkisiz bir hukuk değil, onunla belirli bir etkileşime girmiş olan hukuk, farklı dünya görüşüne mensup kişileri birarada tutmakta ve onların birliklerini sağlamaktadır. Bundan dolayı hukuk sistemini bu temel etik kavramlardan arındırmaya çalışmak anlamsızdır. Bunun yerine mevcut hukuk sistemini, dayandığı temel hukuk felsefesi bağlamında ve hukuk etiğinin temel kavramları doğrultusunda sürekli refleksiyona tabi tutmak gerekir. Bu hem anayasanın temel evrensel değerlere göre yapılmış olması hem de herhangi bir toplumun hukuk sisteminin içinden çıktığı moral ve hukuksal geleneğe bağlı olması olgusunun ortaya çıkarttığı bir gerekliliktir. Burada vurgulanması gereken şey, bunların da aynen temel insan hakları gibi evrensel olduğudur. Yani bu kavramlar, hukuk etiği açısından genel çerçevesi çizilmiş fakat içeriği tam olarak belirlenmemiş kavramlardır. Bu oldukça akla yatkındır çünkü bunların içeriğinin doldurulması farklı kültürlerde farklı şekilde olacağından ilgili topluma bırakılmıştır. Burada belirtilmesi gereken husus, bu içerik doldurmada insan hakları ve hukukun evrensel ilkelerine mutlak uyumun sağlanmış olmasıdır. Bu anlamda böyle bir içerik doldurmada keyfiliğe ve aşırı göreceliliğe yer yoktur.

Belirli bir etiğe dayanmayan bir hukuk sistemi düşünmek imkansızdır. Böyle bir hukuk sistemini kurmak mümkün olsa bile bu sistemin işlemesi ve fonksiyonel olması oldukça zordur. Aslında adalet, eşitlik, özgürlük, güvenirlilik vs. gibi temel etiksel ve hukuksal kavramlar hukuk ile etiğin kesişim kümesini oluşturmaktadır. Sayılan bu kavramlar hem doğru bir etiğin hem de akla dayalı bir hukuk sisteminin gerçekleşmesini umdukları ve gerçekleştirmeye çalıştıkları temel kavramlardır. Fakat bu kavramlar sadece etik felsefesinde anlatımını bulan yalın betimlemeler olarak kalmamalı, mutlaka toplumla ve devletle ilişkilendirilmelidir. Ayrıca dikkat edilmesi gereken diğer bir nokta da bu temel kavramların mevcut hukuk sayesinde pozitif hale getirilmesidir. Pozitif hale getirilmeyen ve belirli yaptırımlarla işlerliği sağlanamayan bu kavramlar hukuk etiğinin değil, ahlak felsefesinin konusu olmaya devam ederler. Bu yapılmadığı takdirde, hukuk etiğinin sayılan bu temel

kavramları izafiyetçi etik anlayışının malzemesi olmaktan kurtulamaz ve pratik yaşamla olan ilgisini de bir türlü kuramaz. Hukuk etiği ise tam bu noktada ortaya çıkar ve bu kavramların hukuk sayesinde görecelikten kurtulacağını ifade ederek ve bunun nasıl olduğunu da göstererek, hem etiğin ayağının yere basmasına imkan sağlar hem de hukuk denen şeyin sadece bir takım kuru yasa ve düzenlemelerden ibaret olmadığını gösterir. Hukuk etiğinin bu işlevi hayati öneme sahiptir. Eşitliğe, özgürlüğe, bireyin devlet karşısında üstünlüğüne, insan haysiyet ve onuruna önem vermeyen, bunların hukukta yeri olmadığına inanan ve diğer insanları da buna inanmaya zorlayan bir yargı sisteminden adalet, insana saygı, eşit muamele ve güvenirlilik beklemek saflık olur. Kısaca belirli bir hukuk etiğine sahip olmayan bir hukuk sistemi ve onu temsil eden yargı erkinden insanlara güven ve itimat veren, onlara karşı eşitlik duygusunu hissettiren tarafsız kararlar vermesini beklemek iyimser bir yorum olur. Ülkemizin hukuk sistemi açısından bugün içinde bulunduğu temel sorun, genel anlamda hukuku işletmekle yükümlü kişilerin belirli bir “hukuk etiği”nden yoksun olmaları ya da ona yeterince önem vermemeleridir. Bu giderildiği takdirde hukuka güven ve yargıya içten itaat daha kolay ve sağlıklı bir biçimde sağlanacaktır.

Etik kapsam itibarıyla ahlak’tan daha özel bir kavram olmasına karşın ilke ve kavramsal açıdan kendini ahlaka göre daha bağımsız hisseder. Konumuz bağlamında etik herhangi bir şeye bağlı olmaması açısından ahlak ve hukuka göre daha kapsayıcı (yaptırım gücü anlamında değil) gözükmektedir. Fakat etiğin sayılan temel kavramları hukukla ilişkisi bağlamında ister istemez bir normatiflik özelliği kazanmaktadır. Böyle bir kazanım hem sayılan temel kavramların işlevselliği hem de belirli bir somut temele dayanması açısından bir gerekliliktir. Bütün bunların olması da hukukun pozitif hale getirilmesiyle mümkündür. Kısaca bugünkü hukuk sistemlerinin çoğunda etiğin temel kavramlarından birisiyle doğrudan ya da dolaylı olmayan bir düzenleme bulmak oldukça güçtür. Böyle bir tespit bütün hukuk sisteminin etik tarafından belirlendiği şeklinde anlaşılmalıdır. Fakat iki alan arasındaki ilişki oldukça canlı bir ilişkidir ve hukuku adaleti sağlamanın bir aracı olarak anladığımız taktirde hukuk, etiğin temel kavramlarının kendilerini gerçekleştirdikleri alanlardan biri haline gelmektedir. Bu bağlamda hukuk etiği de bütün mesaisini bu temel ilkelerin en güzel biçimde hukukta nasıl uygulanabilir olduğu sorusunu cevaplamaya vermektedir.

KAYNAKÇA

- Badiou, A.:** Sonsuz Düşünce, (çev:I.Ergüden&T.Birkan), Metis yay., İstanbul 2008.
- Hollerbach, A.:** "Rechtsethik", in: *Staatslexikon der Görres-Gesellschaft IV*, 7.Auflage, s.692-694, Freiburg 1988.
- Hobbes, T.:** Leviathan, übers.v. W.Euchner, hrsg.v.I.Fetscher, Frankfurt a/M. 1966.
- Hegel, G.F.W.:** Werke in 20 Bänden. Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte Band XII, hrsg.E.Moldenhauer&K.M.Fischer, Frankfurt a/M. 1969-71.
- Habermas, J.:** Faktizität und Geltung, IV. Auflage, Frankfurt a/M. 1994.
- Hofmann, H.:** Bilder des Friedens oder die vergessene Gerechtigkeit, München 1997.
- Kant, I.:** Metaphysik der Sitten, AA, Band VI, Berlin 1902.
- Larenz, K.:** Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtethik, München 1979.
- Luhmann, N.:** Rechtssoziologie, III. Auflage, Opladen 1987.
- Rawls, J.:** Eine Theori der Gerechtigkeit, (übers. H.Vetter), Frankfurt a/M. 1979.
- Radbruch, G.:** Rechtsphilosophie, VI. Auflage, hrsg.R.Dreier, Heidelberg 1963.
- Topakkaya, A.:** "İnsanlar Arasındaki Eşitsizlik Üzerine Bir Analiz", *Erciyes Ünv.Hukuk Fak.Dergisi*, C.II, S.1-2, (2007), s. 61-70, Kayseri 2007.
- Topakkaya, A.:** "Hobbes, Locke, Rousseau ve Kant Hukuk Felsefelerin'de Bireysel Özgürlükle Toplumun Genel İradesi Arasındaki İlişkinin Kurulumu Üzerine Bir Analiz", *Düşünen Siyaset*, sayı 24, 55-66 (2007).
- Topakkaya, A.:** "Hegel'in "Hukuk Felsefesinin Ana İlkeleri" (*Grundlinien der Philosophie des Rechtes*) Adlı Eserinde Devlet'in Kurumsal Yapısının Ana Hatlarıyla Analizi", *Erzincan Ünv. Hukuk Fak.Dergisi*, Cilt X, sayı 3-4, 189-201 (2006).

SUÇUN TAMAMLANMASI VE SONA ERMESİ KAVRAMLARI

*Dr. Önder TOZMAN**

Özet

Suç, kanuni tanımda yer alan bütün unsurların varlığı halinde, yani kanuni tip objektif ve sübjektif bakımdan yerine getirildiğinde tamamlanır. Tamamlanma, bu bakımdan biçimsel bir kavramdır. Kanuni tipte yer alan objektif şartlardan biri eksik olduğunda şartları varsa sadece teşebbüs söz konusu olabilir. Kanuni tipin aradığı şartlar meydana geldiğinde, tamamlanmanın varlığı için, ne hukuki varlık veya menfaatin olumsuz etkilenmesi ne de failin kanuni tipte şart koşulan amacına tamamen ulaşması gerekir. Tamamlanma evresinin anlamı bir yandan teşebbüsün söz konusu olamadığı durumlarda –örneğin taksirli suçlarda- cezalandırılabilmenin mümkün hale gelmesidir. Diğer yandan tamamlanmayla birlikte artık teşebbüsten dolayı yapılacak indirimin ve gönüllü vazgeçme imkânının söz konusu olmamasıdır. Suç yolunu kapatan sona erme evresinin tanımı hakkında ise birlik yoktur. Suç olayının diğer evrelerinin varlığı itiraza uğramamış ve temelleri geniş biçimde açıklanabilmişken, kanuni tipin biçimsel anlamda tamamlanmasını izleyen bir “sona erme” evresinin olup olmadığı –ve eğer varsa- bunun hangi sonuçları doğuracağı soruları, bu konuda doktrindeki eskilere dayanan tartışmalara rağmen, henüz kesin bir cevaba varmaktan uzaktır

Zusammenfassung

Vollendet ist die Straftat, sobald alle Tatbestandsmerkmale vorliegen, der Tatbestand also objektiv und subjektiv erfüllt ist. Die Vollendung ist daher ein formeller Begriff. Fehlt es einem objektiven Merkmal, kommt nur Versuch in Betracht, liegen die Tatbestandsvoraussetzungen vor, wird die Vollendung andererseits weder dadurch ausgeschlossen, dass eine (tatbestandlich nicht vorausgesetzte) Rechtsgutsbeeinträchtigung fehlt, noch dadurch, dass der Täter seine (im Tatbestand geforderte) Absicht noch nicht in vollem Umfang zu verwirklichen vermochte. Die Bedeutung des

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Araştırma Görevlisi.

Stadiums der Vollendung liegt einerseits darin, dass erst mit ihm bei fehlender Strafbarkeit des Versuchs die Strafbarkeitsgrenze überschritten wird. Andererseits ist bei einer Strafbarkeit des Versuchs die dort gesehene Strafmilderung ebenso wie die Rücktrittsmöglichkeit mit der Vollendung ausgeschlossen. Die Definition der Beendigung bzw. der durch sie abgeschlossenen Verbrechensstufe ist nicht einheitlich. Während die andere Abschnitte des Tatgeschehens in ihrer Existenz als unangefochten und in ihren Grundlagen als weitgehend geklärt gelten können, sind die Fragen, ob es eine der Tatbestandsvollendung nachfolgende "Beendigungsphase" überhaupt gibt und –wenn ja- zu welchen Schlussfolgerungen sie berechtigt, trotz ihrer weit zurückgreifenden und grundlegenden Erörterung in der Wissenschaft von einer einmütigen Beantwortung noch weit entfernt.

Anahtar kelimeler: Tamamlanma, sona erme, biçimsel tamamlanma, maddi sona erme, cezalandırmayı genişletme, kanunilik, normatif bağlantı

Schlüsselwörter: Vollendung, Beendigung, formelle Vollendung, materielle Beendigung, Strafausdehnung, Gesetzlichkeit, normative Anbindung

Giriş

Ceza kanunlarında ve ceza hükmü içeren diğer kanunlarda yer alan suçlar esas olarak hukuki konunun zarara sokulması veya tehlikeye sokulması esasına göre inşa edilmişlerdir¹ ve cezalandırılma kanuni tipteki

¹ "Suçta daima bir sosyal zararın bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bu zarar, fiil ile devletin menfaatleri arasındaki çatışmada yer alır. Söz konusu zarar fiili suç haline getirmenin nedenini, amacını ortaya koyar. Gerçekten de devlet, bir kısım fiilleri, anti sosyal nitelikleri sonucu hoş görülemedikleri için ceza tehdidi ile yasaklamaktadır. Yani devlet, bazı fiilleri toplumun muhafazası veya gelişmesi yönünden engel olarak gördüğü için ceza tehdidi altına almaktadır. Suçta bir de doğrudan zarar adı verilen bir zarar söz konusudur. Bu zarar hukuken korunan kamusal veya özel nitelikteki bir menfaatin ihlalinden oluşur. Bu ihlal her suçta mutlaka vardır. Zira suçun özelliği gereği daima başkasının refahı için zararlı bir şey olduğu bir yana, devlet bir fiili ceza tehdidi ile yasaklarken daima belirli bir menfaati korumayı amaçlar. Söz konusu ihlal, korunan varlık veya menfaatin tamamen veya kısmen zarara uğramasına veya sadece tehdit edilmesine, yani gerçek veya potansiyel bir zararın gerçekleşmesine göre iki şekilde ortaya çıkar: Zarar verme veya tehlikeye koyma. Örneğin adam öldürme suçunda hayat varlığı yok edildiğinden bir zarar suçudur. Devletin birliği ve ülke bütünlüğüne yönelik saldırıda (TCK. m. 302) sadece bir tehlikeye koyma söz konusudur; çünkü bu suçun varlığı için onu öngören normla korunmak istenen hukuki varlık veya menfaatin tehdit edilmesi yeterlidir. Zararsız veya tehlikesiz suçtan söz etmek tam bir çelişkidir... Çünkü

bütün unsurların gerçekleştirilmesine bağlanmıştır; yani suçun tamamlanması anına göre ceza belirlenmiştir². Bir diğer deyişle suç tipleri kural olarak suçun tamamlanmış şeklini belirtir³. Kanunda yer alan tipe uygun bir eylem gerçekleştirildiğinde suç formel olarak tamamlanmıştır; bu durumda fail suç için kanunda öngörülen ceza ile cezalandırılır. Kanuni tanımdaki suç tamamlanmadığı sürece ise koşulları olduğu takdirde fail ancak teşebbüsten dolayı cezalandırılabilir. Diğer yandan suç formel olarak tamamlansa ve fail bu suç karşılığında öngörülen ceza ile cezalandırılabilir olsa bile, bazı durumlarda ceza hukukunun bazı sonuçları aynı suç söz konusu olmak üzere etkisini sürdürebilir. İşte böyle durumlarda suç formel olarak tamamlanmıştır, ancak henüz sona ermemiştir. Örneğin kesintisiz suç denilen durumlarda hukuki varlık veya menfaatin ihlali devam ettiği sürece, bu suça iştirak edilebilmesi veya ağırlatıcı sebeplerin isnat edilebilmesi mümkündür. Ayrıca suçun tamamlanması ve sona ermesi ayrımının önemi ceza hukukunun diğer bazı müesseseleri bakımından da önem arz etmektedir. Ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması, şikâyet hakkında sürenin başlangıcı, genel af, zamanaşımı gibi maddi ceza hukuku, yetkili mahkemenin tespiti gibi muhakeme hukuku sorunları bakımından bu ayrımın önemi vardır. Suçun tamamlanma evresi bakımından bazı genel tespitler söylenebilirken, sona erme aşamasının mahiyeti, sonuçları, hangi suçlar için söz konusu olduğu, bu anlamda suçun formel tamamlanmadan sonra sona erme evresiyle mi gerçek manada bittiği gibi sorunlar Türk doktrinde fazla tartışılmış değildir. Ancak özellikle Almanya’ da hem doktrinde hem uygulamada, sona erme konusunda, değişik suçlar bakımından suç olayının bu evresini geniş anlamda değerlendirip, buna cezai sonuçlar bağlama ve böylece suç olayının haksızlığının sadece formel tamamlanmayla karşılanamayacağı, buna ek olarak her zaman maddi

kanun koyucunun sadece kendisine itaat ettirmek için emir veren kaprisli bir diktatör olmadığı açıktır. Bu nedenle kanun koyucu, bazı davranışları toplumun refahı veya ulaşmak istediği hedefler yönünden zararlı veya tehlikeli kabul ettiği için yasaklamaktadır.” **TOROSLU**, Nevzat: Ceza Hukuku, Genel Kısım, Ankara 2005, s. 102–103; Ayrıca suçun hukuki konusu hakkında bkz. **TOROSLU**, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s. 87 vd.

2 **MAURACH / GÖSSEL**, / **ZİPF**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Heidelberg-Karlsruhe 1978, s. 1; **ESER**, Albin, in: Schönke / Schröder Strafgesetzbuch-Kommentar, 26. Auflage, München 2001, Vorbem § 22, Kn: 1; **JESCHECK**, Hans Heinrich / **WEIGEND**, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996, s. 509.

3 **ÖNDER**, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 383.

anlamda bir sona erme kavramına ihtiyaç duyulduğu düşüncesi dile getirilmiştir. İşte biz de bu çalışmada; belirli bir kanuni tipteki bütün unsurların suçun varlığı için gerekli ve yeterli olarak gerçekleştiği anda oluşan ve böylece failin öngörülen cezayla cezalandırılabilmesini mümkün kılan tamamlanma kavramıyla, bazı suçlarda ve durumlarda söz konusu olan, ancak mahiyeti ve kapsamı tam olarak bilinmeyen ve bazı yazarlarca bir suç olayında cezai sonuçların sınırlarını genişletebilmek amacıyla kullanılmak istenen sona erme kavramını inceleyeceğiz.

I. Tamamlanma

Tamamlanmış suç cezalandırılabilen davranışların temel formudur. Ceza Kanunu gerekli olmadığı için tamamlanmayı tarif etmemiştir. Tamamlanma, hukuki nitelendirmesi “suç” olan bir olayın eksiksiz bir şekilde tamam olmasını ifade eder⁴. Belirli bir kanuni tipteki bütün unsurların (objektif ve subjektif)⁵ suçun varlığı için gerekli ve yeterli olarak gerçekleştiği anda suç tamamlanır⁶. Eğer en azından bir unsur meydana gelmemişse ortada tamamlanmış bir suç da yoktur. Ancak bu, yapılan hareketin tamamen cezasız olacağı anlamına gelmez. Koşulları gerçekleşmişse teşebbüsten

4 **BAUMANN**, Jürgen / **WEBER**, Ulrich / **MİTSCH**, Wolfgang: Strafrecht Allgemeiner Teil, Bielefeld 2003, § 26 Kn. 2.

5 Suçun unsurları konusunda biz suçun biri objektif (maddi) diğeri subjektif (manevi) olmak üzere iki genel unsuru olduğunu savunan görüşü benimsiyoruz. Bkz. **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 106–107. Suçun unsurları konusunda değişik görüşler için bkz. **DÖNMEZER**, Sulhi / **ERMAN**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım C.I, 11. Baskı, İstanbul 1994, No:446 vd.; **ARTUK**, Mehmet Emin / **GÖKCEN**, Ahmet / **YENİDÜNYA**, Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2006, s. 406 vd.; **CENTEL**, Nur / **ZAFER**, Hamide / **ÇAKMUT**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Üçüncü Bası, İstanbul 2005, s. 231 vd.; **ÖZTÜRK**, Bahri / **ERDEM**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2006, s. 109 vd.; **ÖZGENÇ**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s. 135 vd.; **DEMİRBAŞ**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 193 vd.; **SOYASLAN**: Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s. 211 vd.; **KUNTER**, Nurullah: Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s. 22 vd.; **ALACAKAPTAN**, Uğur: Suçun Unsurları, Ankara 1970, s. 8, 29 vd.

6 **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 248; **ÖZTÜRK**, Bahri / **ERDEM**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2006, Kn. 346; **OTTO**, Harro: Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, Berlin 2004, § 18 Kn. 7; **KUHL**, Kristian: Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Auflage, München 2004 (Kommentar), § 22 Kn. 2.

dolayı veya ortada bir gönüllü vazgeçme varsa, yapılan hareket ceza kanunundaki başka bir suçu oluşturduğu takdirde bu suçtan dolayı cezalandırma mümkündür⁷. Suçun tamamlanması için maddi unsur bakımından gerekli olan, fiilin kanuni tipteki tanıma uygun olarak işlenmiş olmasıdır. Tamamlanmadan söz edilebilmesi için, suç maddi bir suç ise hareket ve sonucun, şekli bir suç ise hareketin gerçekleştirilmiş olması gerekir⁸. Manevi unsur bakımından gerekli olan ise temel olarak kasttır. Manevi unsurun temel formu kast olduğu için⁹ her bir suç tipinde ayrıca belirtilmesi gerekmez. Bu bakımdan TCK'nın 21. maddesinde "suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır" denmiştir. Manevi unsurun diğer formu taksir ise, her suçun taksirli şekli olmadığı için ancak kanunda belirtilen durumlarda bir suça vücut verir.

Böylece tamamlanmış suç kavramı, fail tarafından gerçekleştirilen fiilin, kanun koyucunun soyut olarak tanımını verdiği suç tipine tam olarak benzeşmesini ifade etmektedir. Bazı yazarlar tamamlanmış suçtan söz edebilmek için, ayrıca failin fiilinin korunan hukuki varlık veya menfaati maddi olarak da ihlal etmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu yaklaşım, tamamlanmış suç için kanun koyucunun tanımladığı suç figürünün tam olarak gerçekleşmiş olduğunun tespitinin yeterli olduğu, aksi durumun, yani ek şartlar aramanın ve korunan hukuki değer ve menfaatin ihlalinin tespitinin uygulamada ciddi kuşkulara ve kararsızlıklara neden olabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁰. Bu nedenle suçun tamamlanması sadece biçimsel (formel) bir kavramdır. Suç, insandan kaynaklanan bir fiilin, bir ceza normunda ifadesini bulan soyut suç tipine tam olarak uyduğu anda

⁷ BAUMANN / WEBER / MİTSCH, § 26 Kn. 2.

⁸ ERSOY, Yüksel, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1999, s. 122. Sonuç kavramını doğal anlamda anladığımızı ve bu bakımdan her suçta mutlaka bir sonuç olduğu anlayışını kabul etmediğimizi, bir diğer deyişle sonuçlu suçlar olduğu gibi sonuçsuz suçların da bulunduğu düşüncesini benimsediğimizi belirtmek isteriz. Doğal anlamda sonuç ve hukuki anlamda sonuç kavramları için bkz. TOROSLU, Genel Kısım, s. 120 vd.

⁹ "Kast, kusurlu iradenin tipik, hatta bir anlamda gerçek biçimini ifade eder." TOROSLU, Genel Kısım, s. 180.

¹⁰ HAFIZOĞULLARI, Zeki: Türk Ceza Hukuku Ders Notları, Ankara 2007–2008, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/uygulamaci/ucezagenel.htm>. (27.09.2007) (Ders Notları), s. 420. Burada kısaca değinilen bu anlayış aşağıda sona erme kavramında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

tamamlanmış olmaktadır¹¹. Yani kanuni tipteki unsurlar gerçekleştiğinde henüz fail amacını gerçekleştirememiş bile olsa suç tamamlanmıştır¹². Tamamlanma aşamasının anlamı böylece bir yandan teşebbüsün evresinin aşılması, diğer yandan da artık gönüllü vazgeçmenin imkânsız olmasıdır¹³. Ancak kanun koyucu etkin pişmanlık kurumunu suç tamamlandıktan sonra da bazı suçlarda kabul etmiştir (TCK m.93, 110, 168, 192, 221, 254, 274, 293 vs.). Buna göre failin bazı şartları, örneğin mağdurun zararını gidermesi, diğer suçluların yakalanmasını kolaylaştırması durumlarında ceza hafifletilebilir veya tamamen ortadan kaldırılabilir¹⁴.

Tamamlanma anı pratik olarak cezalandırılmayan alan (teşebbüs hükümleriyle bu alan genişletilmiştir) ile cezalandırılan alanın sınırını çizmesi bakımından büyük önem taşır¹⁵. Bu anın tespiti genel olarak değil, her bir suç tipine göre yapılabilir¹⁶. Bir diğer deyişle tamamlanmanın tespiti konusu soyut ve genel olarak değil, özel kısımdaki her bir suç tipi, örneğin adam öldürme, hırsızlık, dolandırıcılık gibi, esas alınarak ele alınabilir ve çözülebilir; buna göre beşeri bir davranış bir kanuni tipin bütün unsurlarını yerine getirdiğinde bu davranış tamamlanmış bir suç, örneğin tamamlanmış bir hırsızlığı, tamamlanmış bir adam öldürmeyi vs. oluşturur. Ancak ceza hukuku dilinde “tamamlanmış” terimi ihmal edilir, yani kullanılmaz ve

11 **HAFIZOĞULLARI**, Ders Notları, s. 420; **HİLLENKAMP**, Thomas: in: Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Grosskommentar, 1. Band Einleitung, §§ 1 bis 31, 11. Auflage, Berlin 2003, Vor § 22, Kn. 17; **ZACZYK**, Rainer: in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 2. Auflage, Baden Baden 2005, § 22, Kn. 5; **STRATENWERT**, Günter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2000, § 11, Kn. 14; **SCHMIDTHAUSER**, Eberhard / **ALWART**, Heiner: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Tübingen 1984, s. 341; **RUDOLPHI**, Hans-Joachim: in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I Allgemeiner Teil (§§ 1 bis 79b), 2. Auflage, Frankfurt am Main 1977, Vor § 22, Kn. 6; **MAURACH / GÖSSEL / ZİPF**, s. 3; **ESER**, Vorbem § 22, Kn. 2; **KUHL**, Kristian: Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Auflage, München 2004 (Kommentar), § 22 Kn. 2.

12 **HİLLENKAMP**, Vor § 22, Kn. 17; **JESCHECK / WEIGEND**, s. 517.

13 **HİLLENKAMP**, Vor § 22, Kn 17; **ESER**, Vorbem § 22 Kn. 3.

14 **HİLLENKAMP**, Vor § 22, Kn. 17. Etkin pişmanlığın tamamlanmadan önce olan çeşidini yeni kanun gönüllü vazgeçme kurumu içinde düzenlemiş ve eski kanunun aksine bunun cezayı tamamen kaldırması imkânını getirmiştir.

15 **MAURACH / GÖSSEL / ZİPF**, s. 1.

16 **HİLLENKAMP**, Vor § 22 Kn. 18; **ESER**, Vorbem § 22 Kn 2; **ZACZYK**, § 22, Kn. 5; **BAUMANN / WEBER / MITSCH**, § 26 Kn. 2.

böylece aynı anlama gelmek üzere sadece hırsızlık, adam öldürme vs. denilir¹⁷.

Bununla birlikte bazı genellemeler yapılabilir. Örneğin sırf hareket suçları ve sonuçlu suçlar¹⁸ ayırımına göre genel bir ifade kullanılabilir. Buna göre sırf hareket suçlarında (örneğin TCK m. 102, 103, 106, 125 vs.) hareketin bitmesiyle tamamlanma da gerçekleşir¹⁹. Sonuçlu suçlarda ise, gerek icra gerekse ihmali hareketle gerçekleştirilsin, kanuni tipte öngörülen sonuç faile isnat edilebilir şekilde meydana geldiğinde; yani zarar suçlarında bir zarar, tehlike suçlarında ise bir tehlike ortaya çıktığında suç tamamlanmış olur²⁰.

Gerçek ihmal suçlarında (örneğin TCK m. 98/1, 160, 166, 175, 177, 178, 260 vs.) failin kendisinden beklenen görevi yapmadığı, geç yaptığı ya da kanunun aradığı yerde yapmadığı zaman suç tamamlanır. Bir diğer deyişle gerçek ihmal suçlarında ihmali oluşturan olumsuz hareket gerçekleşir gerçekleşmez tamamlanma da gerçekleşmektedir²¹. Gerçek ihmal suçları sırf hareket suçlarıdır. İhmal halinin cezalandırılabilmesi için bir neticenin ortaya çıkıp çıkmadığına bakılmaz; salt ihmalin yapılmasıyla suç tamamlanır²². İhmal suretiyle icra suçlarında ise, sadece olumsuz harekette bulunmakla suç tamamlanmış olmaz; bu hareket sonucunda kanunun aradığı neticenin de gerçekleşmesi gerekir. Örneğin ölmesini sağlamak için çocuğuna yemek vermeyen annenin fiilinin tamam olabilmesi için, neticenin gerçekleşmesi yani çocuğun ölmesi gerekir²³.

Serbest hareketli suçlarda suç kanuni tipte belirtilen neticenin herhangi bir şekilde gerçekleştirilmesiyle meydana gelir. Buna karşılık bağlı hareketli suçlarda, kanuni tanımda suçun hangi hareketlerle icra edilebileceği belirtildiği için suç da ancak bu hareketlerle işlenebilir ve tamamlanabilir.

17 **BAUMANN / WEBER / MITSCH**, § 26 Kn. 2.

18 Sonuca göre suçların ayırımı bakımından bazı suçların sonuçlu olduğu, bazı suçların ise sonucunun bulunmadığını savunan doğal sonuç anlayışını kabul ettiğimizi yukarıda belirtmiştik.

19 **HILLENKAMP**, Vor § 22, Kn. 18; **TRÖNDLE**, Herbert / **FISCHER**, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 51. Auflage, Münschen, 2003, § 22, Kn. 4; **HAFIZOĞULLARI**, Ders Notları, s. 421.

20 **HILLENKAMP**, Vor § 22, Kn. 18; **HAFIZOĞULLARI**, Ders Notları, s. 421; **SOYASLAN**, Doğan: Teşebbüs Suçu, Ankara 1994, s. 19.

21 **DÖNMEZER / ERMAN**, C.I, No: 512.

22 **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, s. 427.

23 **DÖNMEZER / ERMAN**, C.I, No: 512.

Örneğin *dolandırıcılık* (TCK m. 157), *irtikap* (TCK m. 250) suçlarında böyledir.

Kanunun, suçun tek bir hareketle meydana geleceğini kabul ettiği tek hareketli suçlarda tamamlanma bu hareketin yapılmasıyla gerçekleşir. Örneğin *hükümlü ve tutuklunun kaçması* (TCK m. 292), *yalan tanıklık* (TCK m. 272), *hakaret* (TCK m. 125) suçları bu şekildedir²⁴. Yine *kasten öldürme* (TCK m. 81), *hırsızlık* (TCK m. 141), *yalan yere yemin* (TCK m. 275) de tek hareketli suçlardandır. Ancak belirtmek gerekir ki, hareketin tekliği doğal anlamda değil hukuki anlamda anlaşılmalıdır. Örneğin bir kimseyi öldürmek için vücuduna birden fazla darbeye vurulması, silahla ateş edilmesi halinde doğal anlamda hareket birden fazladır. Ancak burada hukuki anlamda tek bir fiilin işlendiği kabul edilmelidir²⁵. Tamamlanması için birden fazla hareketin gerektiği suçlarda, örneğin *özel belgede sahtecilik suçunda* (TCK m. 207) yapılması gereken son hareketin yapılmasıyla yani özel belgenin kullanılmasıyla suç tamamlanır²⁶. Seçimlik hareketli suçlarda kanunda öngörülen hareketlerden birinin yapılması suçun tamamlanması için yeterli olup, diğer hareketlerin yapılmasına gerek yoktur²⁷. Örneğin *konut dokunulmazlığını ihlal* (TCK m. 119), *mala zarar verme* (TCK m. 151), *parada sahtecilik* (TCK m. 197), *güveni kötüye kullanma* (TCK m. 155) suçlarında sayılan hareketlerden birinin yapılması suçun oluşması için yeterlidir. İtiyadi suçlarda ise fiilin bir defa değil birkaç defa işlenmesi gerekmektedir; bir defa işlenmesi suçun meydana gelmesine yetmemektedir. Bu açıdan eylem, failde itiyadin varlığını gösterecek şekilde belirli bir sayıda tekrarlanmalıdır. Suç, itiyadin varlığını gösteren son hareketin yapıldığı anda tamamlanmış olur. Ancak ceza kanunumuzda itiyadi suçlara yer verilmemiştir²⁸.

24 DÖNMEZER / ERMAN, C.I, No:507.

25 ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s. 421–422.

26 DÖNMEZER / ERMAN, C.I, No:509; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s. 422.

27 DÖNMEZER / ERMAN, C.I, No:508. ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s. 423.

28 ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s. 423. “765 sayılı TCK döneminde mevzuatımızda itiyadi suçlara örnek olarak bazı tefecilik suçlarını göstermek mümkündür. Örneğin 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu’nda yer alan; Maliye Bakanlığından izin belgesi almadan ya da izin belgesi iptal edilmiş sayıldığı halde sistemli bir şekilde ve süreklilik gösterecek biçimde ödünç para verme işleriyle meşgul olmak fiili itiyadi bir suçtu. 5237 sayılı TCK’nın 241. Maddesinde tefecilik suçu düzenlenmiştir. Burada; kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişinin

Ani suçlarda suç, ihmal veya icra hareketleriyle ihlal edici durumun oluşturulduğu anda tamamlanır²⁹. Bir diğer tanımla ani suçlarda suç, ya hareketin yapılmasıyla (sırf hareket suçları) ya da neticenin gerçekleşmesiyle (neticeli suçlar) tamamlanır ve biter³⁰. Örneğin adam öldürme, yaralama, hırsızlık, dolandırıcılık gibi suçlar ani suçlardır. Kesintisiz suçlarda suç, ihlal edici durumun oluşturulduğu anda değil, bu durumun suçun varlığı için gerekli olan asgari ölçüde devam ettirildiği anda tamamlanmış olur³¹. Örneğin *kişiyi hürriyetinden yoksun kılma* (TCK m. 109) suçunun varlığı için mağdurun bu suç için önemli sayılacak bir miktarda hürriyetinden mahrum bırakılması gerekir. Ayrıca *suç işlemek için örgüt kurma* (TCK m. 220), *özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma* (TCK m.264), *kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi* (TCK m. 262), *uyuşturucu madde bulundurma* (TCK m. 191/1) kesintisiz suça örnek olarak gösterilebilir

5237 sayılı Kanununun 43/1 maddesinde “*bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi*” olarak tanımlanan zincirleme suçlarda, bir kişiye karşı aynı suç işleme kararı kapsamında aynı suçun ikinci defa işlenmeye teşebbüs edilmesiyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanması imkânı doğar. Bundan sonra teselsülün devam etmesi suçun tamamlanması ile ilgili değil sona ermesi ile ilgilidir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, “*Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda, birinci fıkra hükmü uygulanır*” denmektedir. Böylece bu gibi durumlarda zincirleme suç bir tek fiilin yapılmasıyla tamamlanacaktır.

Bileşik suçlarda suç, bileşik suçu oluşturan suçların işlendikleri yer ve zamanda değil, bileşik suçta yer alan neticenin gerçekleştiği yer ve zamanda tamamlanır³². Örneğin yağma suçu, bu suçu oluşturan cebir veya hırsızlık

cezalandırılacağı hükme bağlanarak suçun oluşması için itiyadın varlığı aranmamıştır”.

ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s. 424

29 “Bir suça ani suç niteliğinin verilmesindeki esas, sonucun icra hareketleri tamamlanır tamamlanmaz meydana gelmesi olmayıp, icra hareketlerinin tamamlanmasından bir süre sonra meydana gelse bile, zaman içinde devam edip gitmemesidir. Ani suç deyimi, yalnız, icra hareketleri bir anda tamamlanan suç anlamına gelmez. Çünkü bir suçun ani sayılması için bakılan şey hareketin değil, sonucun devam edip etmemesidir”.
ALACAKAPTAN, Suçun Unsurları, s. 47

30 ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s. 434

31 TOROSLU, Genel Kısım, s. 251.

32 DÖNMEZER / ERMAN, C.I, No:546.

suçlarının her birinin tek başına işlenmesiyle değil ikisinin de işlenmesiyle tamamlanır.

Bazı durumlarda, suçun tamamlanması için kanun tarafından yeterli sayılan sonuç, fail tarafından düşünülen ve gerçekleştirilmek istenen sonuç ile uyuşmayabilir. Kanun normalde teşebbüs olarak görülebilecek bir fiili tamamlanmış suç olarak cezalandırabilir. Böylece Kanun, zararın meydana gelme tehlikesini, suçun tamamlanma tehlikesini tamamlanmış suç haline getirir³³. Örneğin TCK m. 302'deki “Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak” suçu, m. 309'daki “Anayasayı ihlal”, m. 310'daki “Cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı” suçları böyledir.

Taksirli suçlarda suçun tamamlanma anına yönelik bütün problemler, bu suçlarda cezalandırmanın nedeni olan sonucun meydana geliş anına göre çözülür³⁴. Bir diğer deyişle taksirli suçlarda sonuç meydana gelmedikçe suçun tamamlanmasından da söz edilemeyecektir; böylece bu suçlarda tamamlanma anını tespit etmek bir sorun teşkil etmeyecektir.

Suçun tamamlanması için failin eline bir faydanın geçmesi gerektiği durumlarda örneğin dolandırıcılık suçunda, failin eline daha az miktarın geçmesi suçun tamamlanmasını engellemez. Ancak fail bu miktarı az bulup almamışsa tamamlanma değil teşebbüs vardır³⁵. Kanunun özel kast aradığı suçlarda tamamlanma için failin amacına ulaşması şart değildir. Örneğin faydalanma özel kastının arandığı hırsızlık suçunda fail çaldığı şeyden faydalanmasa bile suç tamamlanmıştır³⁶. Yine hırsızlıkta fail daha çoğunu elde etmek istediği halde daha azını elde etmişse, suç tamamlanmıştır. Örneğin bir sanat galerisine kıymetli tabloları çalmak amacıyla giren fail alarının çalmaya başlaması üzerine, almak istediği kıymetli tablolardan sadece bir tanesini alıp kaçması halinde hırsızlık tamamlanmıştır³⁷.

II. Sona Erme

Formel anlamdaki suçun tamamlanması aşamasını sona erme aşaması izleyebilir. Tamamlanmış suç somut ağırlığının en ileri aşamasına ulaştığında son bulma aşaması söz konusudur. Suçun tamamlanması suçun

³³ SOYASLAN, Teşebbüs Suçu, s. 18.

³⁴ SOYASLAN, Teşebbüs Suçu, s. 17.

³⁵ HILLENKAMP, Vor § 22, Kn. 18; TRÖNDLE / FİSCHER, § 22, Kn. 4.

³⁶ HILLENKAMP, Vor § 22, Kn. 18; TOROSLU, Genel Kısım, s. 189.

³⁷ ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 400; DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku, Genel Hükümler, s. 420; ÖZBEK, Veli Özer: TCK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Kanununun Anlamı, Ankara 2005, s. 407.

var olduğu, gerçekleştiği anı, sona ermesi ise suçun son bulunduğu, suç yolunun kapandığı anı gösterir³⁸. Teşebbüs halinde kalmış suçü tamamlanmış suçtan ayıran nokta sona erme değil tamamlanma anıdır³⁹.

Sona erme evresi Türk hukukunda pek fazla ele alınmış bir konu değildir. Alman hukukunda ise, suç yolundaki diğer evrelerin varlığı itiraza uğramamış, temelleri geniş ölçüde açıklanmışken, suçun formel anlamda tamamlanmasını izleyen bir sona erme evresinin olup olmadığı ve eğer varsa bundan ne gibi sonuçlar çıkarılabileceği çok tartışılmıştır⁴⁰. Bir kısım yazar bu evreyi maddi anlamda ve bağımsız kabul ederek, bu evreyi cezalandırılabilirliğin sınırlarını genişletecek veya ağırlaştırıcı sebepleri isnat edecek şekilde değerlendirirken, bir kısım yazar ise özellikle bu nedenlerle bu evreye şüpheyle bakmıştır⁴¹. Bu konuda bir belirsizlik olduğu, bunun en önemli nedeninin de sona erme kavramının tamamlanmada olduğu gibi kanuni bir dayanağının olmamasından kaynaklandığı söylenmiştir. Buna göre; bu kavrama gerçi Ceza Kanununda (Al. C.K.) hiç yer verilmemiş değildir; zamanaşımının başlangıcını düzenleyen maddede (Al. C.K., 78/a) zamanaşımının fiilin “sona ermesi” ile başlayacağı söylenmiştir; ama bu, tamamlanma kavramıyla kanunun özel kısmındaki suç tiplerinin suçun tamamlanma anına göre oluşturulmaları arasında olduğu gibi bir ilişki şeklinde değildir⁴². Bu belirsizlik içinde bazı yazarlar çok fazla gerekçe de göstermeden bu aşamanın varlığını kabul ederlerken⁴³ bazıları da bu

38 **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 249; **ZACZYK**, Vor § 22, Kn. 6.

39 **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 250.

40 Alman hukukunda bu tartışmanın temeli 1860'ta Haelschner' in bir makalesine kadar gitmektedir. Haelschner kanuni tipin suç olayının bütün haksızlığını resmetmediğini, bu nedenle suçun, tamamlanmayı aşacak şekilde genişletilmesi gerektiğini iddia etmiştir. **BİTZİLEKİS**, Nikalaos: Über die strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 99 (1987), s. 724. İtalyan hukukunda da benzer tartışma suçun tamamlanmasından sonra bir de “suçun tükenmesi” olarak isimlendirilen hallerin bulunup bulunmadığı etrafında yapılmıştır. Bkz. **SOYASLAN**, Teşebbüs Suçu, s. 19–21.

41 **HİLLENKAMP**, Vor § 22, Kn. 19.

42 **KUHL**, Kristian: Die Beendigung des vollendeten Delikts, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin 2001 (Beendigung), s. 669.

43 **WESSELS**, Johannes / **BEULKE**, Werner: Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 34. Auflage, Heidelberg 2004, Kn. 591–593; **ESER**, Vorbem § 22, Kn. 4–11; **JESCHECK** / **WEIGEND**, s. 517; **GROPP**, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg 2005, s. 304.

kabulün en önemli sonucunun bu aşamada iştirakin ve suçu ağırlaştırıcı nedenlerin mümkün olabileceğinin kabul edilmesi olduğunu, bunun ise kanunilik prensibine aykırı olarak cezalandırılabilirliğin alanını genişlettiğini söyleyerek eleştirmiştir⁴⁴. Sona erme aşamasının varlığını kabul eden yazarlardan bir kısmı da bu evreyi maddi anlamda ele almış, yani suçun tamamlanması kavramının aslında maddi anlamda anlaşılması gerektiğini, suçun ancak bu evrenin sonunda “gerçekten bittiğini” söylemişlerdir. Ancak bu yazarlar arasında da suçun ne zaman sona erdiği konusunda görüş birliği yoktur. En yaygın görüş bunu “failin suçla güttüğü amacına ulaşması” olarak açıklarken⁴⁵, diğerleri “kanuni tipin temelinde yatan haksızlığın gerçekleştiği zaman”⁴⁶, veya “kanuni tip tarafından korunan hukuki varlık veya menfaatin zarara uğratılması fail tarafından istenen kapsamda gerçekten gerçekleştiği zaman”⁴⁷, veya “suç olayı formel tamamlamayı aşarak maddi anlamda sonuç ortaya çıktığı zaman”⁴⁸ olarak açıklamışlardır.

Alman Yüksek Mahkemesi içtihatları da bu konuda daha çok olaylara dayanan yorum yapmış ve çoğunlukla farklı sonuçlara ulaşmışlardır. İchtihatların en çok farklılaştığı suç tipleri hırsızlık ve yağma olmaktadır. Ancak sonuçta içtihatlar, örneğin hırsızlık suçunda farklı kararların önüne geçilmesinin çözümünü kanuni tipin unsurlarının gerçekleşmesi için tamamlanmanın maddi anlamda sona ermeyi de içine alacak şekilde genişletilmesinde görmüş, buna göre, sürekli olarak failin çaldığı şeyi muhafaza ve güvenlik altına almasını aramışlardır; fail malını çaldığı kişinin direkt hâkimiyet alanında bulunuyorsa veya başka bir şekilde hala çaldığı şeyi kaybetme rizikosu varsa sona erme aşamasının içindedir, bir başka deyişle suç henüz sona ermemiştir. Buna karşılık fail çaldığı şey üzerinde

44 **ZACZYK**, § 22, Kn. 6; **BITZILEKİS**, s. 723–750; **JAKOBS**, Günther: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin-Newyork 1991, 22 / Kn. 40, 41; **KUHL**, Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung (Grundfälle), in: Juristische Schulung (JuS) 1980, s. 113, 189; **MAURACH / GÖSSEL / ZİPF**, s. 4; **RUDOLPHI**, Vor § 22, Kn. 7–10; **HILLEMKAMP**, Vor § 22, Kn. 20–37.

45 **JESCHECK**, Hans Heinrich: Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, s. 685; **WELZEL**, Hans: Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Berlin 1969, s. 188;

46 **SCHMIDTHAUSER /ALWART**, s. 341.

47 **VOGLER**, Theo: in: Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Grosskommentar, 1. Band Einleitung, §§ 1 bis 31, 10. Auflage, Berlin 1985, Vor § 22, Kn. 23; **ESER**, Vorbem § 22, Kn. 4; **RUDOLPHI**, Vor § 22, Kn. 7.

48 **STRATENWERT**, § 11 Kn. 14.

tam olarak tasarruf etme imkânı elde etmişse, örneğin mal için bir yer bulmuşsa artık böyle bir riziko yoktur, bir başka deyişle suç sona ermiştir. Aynı şekilde dolandırıcılıkta (Al. CK, m.263) da mahkemeler yararın elde edilmesini⁴⁹, kaza yerinden izinsiz uzaklaşma suçunda (Al. CK., m.142) sadece uzaklaşmayı değil gidilecek yere veya güvenli bir yere varılmasını aramıştır. İçtihatlar bazen bu aşamayı daha normatif anlamda yani kanuni tipteki tamamlanmaya yakın şekilde değerlendirmişlerdir. Buna göre, “kanuni tipteki fiilin haksızlığını içinde barındıran ve onun bir parçası olarak görülebilen hareketler” sona ermeye dâhildir⁵⁰.

Benzer bir anlayışı Türk Yargıtay’ı da 765 sayılı TCK döneminde hırsızlık konusunda sergilemiştir. Doktrinde genel olarak bu suça tam teşebbüsün mümkün olmadığı kabul edilirken, Yargıtay, mal engel bir neden yüzünden sahibinin egemenlik alanının dışına çıkarılmamış ise, failin bu suça tam teşebbüsten dolayı cezalandırılması yoluna girmiştir⁵¹. Böylece Yargıtay, suçun tamamlanmış sayılması için, sanki onun güvence altına alınmasını da gerekli gördüğü için, zilyetliğin ortadan kaldırılmış olması ile mal üzerindeki zilyetliğin fail tarafından serbestçe kullanılabilmesi arasında geçen süre içinde engel bir neden ortaya çıkması yüzünden mal güvence altına alınmamış ise, suçun da tam teşebbüs aşamasında kaldığı sonucuna varmaktaydı⁵². Her ne kadar yeni TCK döneminde artık eksik-tam teşebbüs ayrımı kalmadığı için Yargıtay’ın bu yönde kararlar vermesinin önünün

49 Alman kanunundaki dolandırıcılık suçunu düzenleyen maddede bizim kanunumuzdaki gibi yararın elde edilmesi değil mal varlığına zarar verilmesi bu suçun tamamlanması için yeterli görülmüştür. (Al. C.K. m. 263)

50 **HILLENKAMP**, Vor § 22, Kn. 20–21.

51 “Eylemin sanığın aynı iş yerinde çalışması nedeniyle TCY’nin 491/3 maddesinde gösterilen suçu oluşturduğu, ne kadar borunun götürüleceği tespit edilip bir yere bırakılmalarıyla da tam kalkışma derecesinde kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır” (Yar. 6. CD. 24.4.1992, 2597/3321, YKD Ağustos 1992, s. 1303); “Sanığın kesintisiz takip sonucu yakalandığı anlaşılmasına göre suçun tam teşebbüs derecesinde kaldığının kabulü gerekirken tamamlanmış suçtan dolayı hüküm kurulması kanuna aykırıdır” (Yar. 11. CD. 23.6.1999, 4350/5618, YKD Aralık 1999, s. 1710); “Sanığın parayı dükkândan alıp çıktığı sırada müşteki tarafından görülüp takip edildiğinin anlaşılması karşısında, eylemin suça tam kalkışma aşamasında kaldığının gözetilmemesi bozmayı gerektirir.” (Yar. 6. CD. 11.11.1992, 7149/7554, YKD Ocak 1993, s. 134)

52 **TEZCAN**, Durmuş / **ERDEM**, Mustafa Ruhan / **ÖNOK**, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 489

kapandığı düşünülebilirse de⁵³, Yargıtay'ın suçun tamamlanması anını gerçekte olduğundan daha ileri bir zamana taşınması ihtimali her zaman vardır. Nitekim Alman Ceza Kanunu'nda da eksik-tam teşebbüs ayrımı olmamasına rağmen Federal Yüksek Mahkeme yukarıda bahsettiğimiz tutumu sergilemiştir.

Sona erme evresinin bu şekilde maddi anlamda ve bağımsız olarak ele alınması ve cezalandırmanın sınırlarını formel anlamda tamamlanmanın ötesinde genişletmesi, bunu haklı gösterecek nedenlerin ceza hukukunda bulunup bulunmadığı ve bu kavrama gerek olup olmadığı sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Bu soruya cevap verebilmek için öncelikle bu evrenin hangi durumlarda söz konusu olabileceğini saptamak gerekir. Bu konuda kapsamlı bir çalışma yapan Jescheck bu anlamda tamamlanmadan sonra sona ermenin söz konusu olabileceği olayları dört gruba ayırmıştır⁵⁴. Bunları birbirine benzer olanları aynı gruba toplayarak⁵⁵ iki grupta inceleyebiliriz:

Birinci grupta yer alan olaylarda tamamlanma ve sona erme evrelerinin ardı ardına gelmesi, birden çok davranışın doğal veya hukuki değerlendirme açısından bir araya gelip kanuni tipe uygun bir fiili oluşturmasına dayanır. Bu anlamda ilk olarak birden çok davranışın doğal anlamda bir hareketi oluşturduğu yapıyı ele aldığımızda; bu olaylarda ceza hukuku bakımından önemli aynı türde bazı faaliyetlerin yer ve zaman bakımından aralarında sıkı bir ilişki olacak şekilde bir araya gelmesiyle doğal anlamda bir bütünlük teşkil etmesi söz konusudur. Örneğin birden fazla yumruk atarak bir yaralama ya da ardı ardına birçok kötü söz veya küfrü sıralayarak hakaret veya sövme oluşturma durumlarında olduğu gibi⁵⁶. Burada tamamlanma-sona erme kombinasyonu suç faaliyetinin başlaması ve bitmesinden fazla bir şey ifade etmez⁵⁷. Burada bağımsız ve maddi anlamda sona erme değil, örneğin hırsızlıkta çalınan malın birkaç davranışla dışarı çıkartılmasında olduğu⁵⁸ gibi kanuni tipin gerçekleşmesi çerçevesine dâhil edilebilen hareketler söz konusudur⁵⁹. Bu nedenle örneğin yaralama suçunda darbelerin adedi nazara alınmamalıdır. Çünkü bu darbeler ayrı birer fiil değil

⁵³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 489.

⁵⁴ JESCHECK, s. 685–686.

⁵⁵ BİTZİLEKİS, s. 725.

⁵⁶ BİTZİLEKİS, s. 725; HILLENKAMP, Vor § 22, Kn. 28.

⁵⁷ BİTZİLEKİS, s. 725

⁵⁸ GÖSSEL, Karl Heinz: Über die Vollendung des Diebstahls, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 85 (1973), s. 645.

⁵⁹ KUHL, Kommentar, § 22 Kn. 2.

aynı yaralama fiilini meydana getiren hareketlerdir⁶⁰. Benzer durum seçimlik hareketle işlenen güveni kötüye kullanma suçunda vardır. Bu suçta mal üzerinde zilyetliğin devri amacı dışında yapılan ilk tasarrufun yapılmasıyla suç tamamlanır. Mal üzerinde yapılan diğer tasarruflar başka suçu oluşturmaz; bunlar aynı suç içinde değerlendirilen hareketlerdir⁶¹.

Birçok hareketin hukuki bir değerlendirmeye bir suçu oluşturduğu olaylar bu gruptaki diğer yapıyı oluşturur. Bunların en çok rastlanılan kesintisiz suç tipidir. Bu suçlar hukuka aykırı durumun yaratılmasıyla tamamlanır. Ancak bu hukuka aykırı durum failin icra veya ihmali fiilleriyle devam ettirilirse sona erme aşaması gündeme gelir ve suç bu hukuka aykırı durum ortadan kalktığında sona erer. Tamamlanmadan sonraki icrai veya ihmali hareketler hukuki açıdan ayrı bir suç değil, tamamlanan suçun hukuki bakış açısıyla devamını oluşturur. Örneğin kişiyi hürriyetinden mahrum etme ve konut dokunulmazlığında olduğu gibi⁶². Bu olaylar sona erme evresinin varlığı ve ona cezai sonuçlar bağlanması bakımından en katı normatif anlayış açısından bile bir prototiptir. Çünkü burada bu hareketler tipikliğin gerçekleştirilmesine dâhildir, yani “tipikliğin içinde bir sona erme” söz konusudur⁶³.

İkinci grubu tamamlanma ve sona ermenin somut bir fark oluşturduğu suçlar oluşturur. Bu suçlarda cezalandırılabilirlik, hukuki varlık ve menfaati zarar meydana gelmeden korumak için öne alınmıştır. Bu suçlarda kanun koyucu korunan hukuki yarar zarar görmeden önceki bir noktayı suçun tamamlanması için yeterli görmüştür. Tehlike suçları ve kalkışma suçlarını bu grupta sayabiliriz. Tehlike suçlarında bir tehlikeye sebep olmanın kendisi bir suç olarak ortaya çıkarken, korunan hukuki konuya zarar verilmesi sonraki ayrı bir ihlali ifade eder⁶⁴. Tehlike suçlarında tamamlanmanın, suç olayının ancak korunan hukuki konunun zarar görmesiyle olacağı tezi kanuni

⁶⁰ **EREM**, Faruk / **TOROSLU**, Nevzat: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2000, s. 405.

⁶¹ **HİLLENKAMP**, Vor § 22, Kn. 28.

⁶² **BİTZİLEKİS**, s. 726; **HİLLENKAMP**, Vor § 22, Kn. 27; **ROXİN**, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006, § 10, Kn. 107; **ESER**, Vorbem § 22 Kn. 9; **WESSELS / BEULKE**, Kn. 593.

⁶³ **KUHL**, Beendigung, s. 676; **HİLLENKAMP**, Vor § 22, Kn. 27. Aksi görüş: **BİTZİLEKİS**, s. 724. **ROXİN** (§ 10 Kn. 107) ve **JACOBS** (§ 8 Kn. 8) ise sona erme kavramını kullanmaktan kaçınmaktadırlar.

⁶⁴ **BİTZİLEKİS**, s. 728.

tipe bağıllık bağlamında reddedilmelidir⁶⁵. Çünkü bu suçlarda zarar suçun unsuru değildir; bu nedenle cezalandırılabilirlikte ölçü “normun arkasında yatan” değil sadece normun kendisidir⁶⁶. Bu suçlardan sonra, bu tehlikenin yöneldiği hukuki konuya zarar verilmesi durumunun ayrı suç olarak düzenlenmesi bu suçların tehlike suçlarının sona erme aşaması olduğu anlamına gelmez. Çünkü yine ortada bağımsız bir kanuni tip vardır; bu hareketlerin değerlendirilmesi de bu bağımsız suç tipine göre yapılacaktır. Ancak bu grupta yer alan yangın çıkarma suçu (TCK m.170/1a; Al. C.K., m. 306) için sona erme aşaması kabul edilebilir. Zira “yangın çıkarma”nın sözsel anlamı yangının ilk çıkarıldığı andan yakılan şeyin tamamen kül haline gelene kadarki süreci kapsar. Diğer yandan nesnel olarak da şeyin yanmaya devam etmesi kanuni tipin gerçekleştirilmesi içinde değerlendirilebilir⁶⁷.

Kalkışma suçlarında hukuki konuya zarar vermeye yönelik hareketler bağımsız bir suç haline getirilmiştir. Kalkışma suçlarında da suçun tamamlanmasından ayrı bir de sona erme aşaması olduğu iddia edilmiştir. Örneğin “Devletin Birliğini ve Ülke Bütünlüğünü Bozmak” (TCK m. 302) veya Anayasayı İhlal (TCK m. 309) suçlarında bu suçların, faillerin korunan hukuki yarara yönelik ilk hareketleri yapmasıyla suçun tamamlanacağı, ancak maddi anlamda ancak faillerin amaçlarına ulaştıklarında sona ereceği söylenmiştir⁶⁸. Ancak kalkışma suçlarında bu sona erme durumu hiçbir zaman suç olarak düzenlenemez. Zira bu suçlar tamamlandığında ortada artık eski hukuk düzeni yoktur. Esasen bu suçların failleri amaçlarına ulaştıklarında yeni bir hukuk düzeni kurulacağı için, ortada faillerin ulaştıkları bu sonucu cezalandıracak bir norm olmayacaktır⁶⁹. Bu nedenle bu

⁶⁵ HILLENKAMP, Vor § 22, Kn. 26.

⁶⁶ MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, s. 5.

⁶⁷ HILLENKAMP, Vor § 22, Kn. 26; KUHL, Beendigung, s. 105.

⁶⁸ BİTZİLEKİS, s. 728.

⁶⁹ “Bir normu hukuk normu yapan unsur ne adillik ne de etkinliktir, yalnızca geçerliliktir. Geçerlilik, yani hukukilik, bir normun kendine özgü bir niteliği değildir, tersine tümünden izafi ve tarihi bir niteliktir. Hukuk normu, belli bir hukuk düzeninde olan norm anlamına gelmektedir. Bundan ötürü, bir normun hukukiliği, normun belli bir hukuk sistemine aidiyetini ifade etmektedir. Bir norma verilen hukukilik niteliği o normun özünden çıkarılan soyut ve salt kavramsal bir niteliğini değil, en kesin anlamda belli bir hukuk düzeninin bir parçasını meydana getirmesi için temelde norma eklenen tarihi bir niteliğini ifade etmektedir. Bir norm belli bir hukuk düzenine sokulduğu zaman hukukilik kazanmakta ve o hukuk düzenine aidiyeti son bulduğu zaman bu niteliğini

suçlarda bir sonucun cezalandırılması mümkün değildir; çünkü bu suçlar sonuçlu suçlar değildir. Yeni bir hukuk düzeninin kurulması ise asli kurucu iktidarın işidir; asli kurucu iktidar ise –bu konuda değişik görüşler olmakla birlikte- hukuki değil hukuk dışı bir olaydır⁷⁰.

Maddi anlamda sona erme öğretisinin kalkışma suçunun tamamlanmasından sonraki “bölge”yi yeni hukuk düzeninin kurulmasına kadar uzatması ise anlamsızdır. Çünkü yeni hukuk düzeni kurulunca eski hukuk düzeni ve onun normları geçerliliğini kaybeder. Kalkışma suçlarında tamamlanmadan sonraki bir “bölge”den bahsedilemeyeceği için maddi sona erme öğretisinin bu aşamada gerçekleştirilecek hareketlere cezai bir temel aramasına ihtiyaç yoktur⁷¹.

kaybetmektedir. Bu yüzden, belli bir hukuk düzeninde yürürlük kazanmamış olan veya yürürlüğü ait olduğu hukuk düzeninde sona ermiş bulunan bir norm artık bir hukuk normu değildir”. **HAFIZOĞULLARI**, Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, İkinci Baskı, Ankara 1996, s. 59–64. Ayrıca yazarın normun adilliği ve etkinliği konusundaki açıklamaları için bkz. a.g.e. s. 35 vd.

70 “Asli kurucu iktidar yeni bir anayasa yapmaktadır. Yeni bir anayasanın yapılması ise, bu anayasadan daha eski bir kural tarafından öngörülmemiş ve düzenlenmemiştir. Diğer bir ifadeyle, yapılan yeni anayasanın dayanabileceği daha eski bir hukuk kuralı yoktur. Eroğul’ un çarpıcı bir şekilde dile getirdiği gibi ‘tüm gücü elinde bulunduran asli kurucu iktidarlar, yetkilerini Allah’ tan, tarihten, milletten ya da bir sınıftan aldıklarını ilan edebilirler. Ne var ki, yaptıkları kurallara hukuki nitelik kazandıracak daha eski bir hukuk kuralına sahip değildirler’. Sonuç olarak asli kurucu iktidar hukuk dışı bir iktidardır, yaptığı anayasa da hukuk dışı bir işlemdir.” **GÖZLER**, Kemal: Kurucu İktidar, Bursa 1998, s. 53. Krş.: **SOYASLAN**, Doğan: Teşebbüs Suçu, Ankara 1994, s. 196, 197: “Failin hedefi olan neticeye ulaştığı zaman devleti başka bir devletle kısmen veya tamamen birleştirmeye, bölmeye veya ülke topraklarının tamamı veya bir kısmı üzerinde başka bir hakimiyet ve yeni bir hukuki düzen kurmağa muvaffak olacağından dolayı yapmış olduğu fiil artık suç sayılmayacak, aksine birleşilen veya yeni kurulan devlet tarafından takdir edilecektir. (...) Failin hedefi olan Anayasa’ yı cebren ihlal gerçekleştirdiği zaman yeni bir hukuk düzeni kurulacağı için, failin zorla Anayasa ihlali artık suç olmayacaktır. Çünkü artık değiştirilen, ihlal edilen Anayasa uygulanacaktır. Esasen failerin istediği de budur. Bu uygulama iktidarın hukuk düzenine sahip çıkmasına kadar devam edecektir. İşte bu nedenlerle 146. madde tamamlanmış olan teşebbüs suçudur”

71 Hillenkamp gerekçe belirtmeden bu suçlarda sona erme aşamasına şüpheyle bakmak gerektiğini savunurken (Bkz. **HILLENKAMP**, Vor § 22 Kn. 26), Bitzilekis bu suçlarda

Bu grupta ele alınması gereken bir başka suç grubu ise özel kastlı suçlardır. Bu suçlar sona erme evresinin varlığı için özellikle örnek olarak gösterilmektedir. Çünkü bu suçlarda fail suçun formel tamamlanmasının ötesinde bazı amaçlar taşımaktadır⁷². Failin amacı, bazen aslında suç olmayan bir fiili suç haline getirebilir; bazen de bir suçu başka bir suça dönüştürebilir veya maddi unsuru birbirinin hemen hemen aynı olan çeşitli suç ipotezlerini birbirinden ayırır⁷³. Bazı yazarlar tarafından bu suçların ancak fail amacını gerçekleştirdiğinde biteceği iddia edilmiştir⁷⁴. Ancak bu bitme failin kendi planı / olayın bütünü yönündendir. Gerçekte bu suçlarda fail kanuni tipin unsurlarını gerçekleştirdiği anda suç tamamlanmıştır. Eğer, sona erme evresinin normatif olarak kanuni tipteki fiille sıkı bağlantısı, hatta onun içine dâhil olması gerekli görülürse -ki doğru olan da budur- kanuni tipte bahsedilen ancak kanuni tipe dâhil edilemeyecek olan özel kast bu anlamda sona erme evresinin varlığını haklı çıkarmaz⁷⁵. Özel kastın arandığı suçlarda failin amacı tipik maddi fiile değil, manevi unsura dâhil olduğundan, suçun tamamlanması için amacın gerçekleşmesi şart değildir. Örneğin dolandırıcılık genel kastla işlenen bir suçtur; çünkü buradaki yarar suçun bir sonucudur ve suçun tamamlanması için gerçekleşmesi gerekir. Buna karşılık hırsızlık özel kastla işlenen bir suçtur; çünkü failin yarar sağlamak maksadıyla hareket etmiş olması yeterlidir; suçun tamamlanması için faydalanmış olması gerekmez⁷⁶. Bu durumda bu suçlarda formel

sona ermenin ayrı bir suç oluşturduğu görüşüne dayanarak bu evreyi reddetmektedir. (Bkz. **BİTZİLEKİS**, s. 728–729)

⁷² **HİLLENKAMP**, Vor § 22, Kn. 26.

⁷³ **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 189.

⁷⁴ **ESER**, Vorbem § 22, Kn. 6; **WESSELS / BEULKE**, Kn. 592; **RUDOLPHÍ**, Vor § 22, Kn. 7.

⁷⁵ **HİLLENKAMP**, Vor § 22, Kn. 26.

⁷⁶ **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 189. Alman Ceza Kanununda dolandırıcılık suçu bir zararın doğmasıyla tamamlandığından yarar sağlama bu suçta özel kastı oluşturur (Al. C.K., m. 263). Bu nedenle hırsızlık suçunun yanında bu suçta özel kasıtlı suçlara örnek olarak verilmekte ve bu suçlarda sona erme aşamasından bahsetmenin gereksiz olduğundan söz edilmektedir. Bu anlamda Alman Caza Kanunundan verilen diğer bir örnek de paralarda sahteciliktir (Al. C.K., m. 146). Buna göre suçta kullanma amacıyla taklit etme veya sahtecilik yapılmasıyla suç tamamlanır; paraların kullanıma sokulması ise sona ermeyi ifade eder. **BİTZİLEKİS**, s. 729; **HİLLENMAMP**, Vor § 22, Kn. 26.

tamamlanmadan sonra bir de failin amacına ulaşması anlamında bir sona erme evresinden söz edilemez⁷⁷.

⁷⁷ Bu suçlardan özellikle hırsızlık suçunun ne zaman tamamlandığı konusunda hem Alman hukukunda hem de Türk hukukunda değişik görüşler vardır. Alman hukukunda yukarıda bahsettiğimiz anlamda sona erme evresini bu suça uygulamak isteyen doktrin ve uygulama hırsızlık suçunun kanuni tipinde yer alan “malın bulunduğu yerden alınması” unsurunu çok geniş yorumlama, yani failin amacına ulaşmasına kadar uzatma eğilimindedir. Bkz. **BİTZİLEKİS**, s. 729; **HILLENMAMP**, Vor § 22, Kn. 20. Türk hukukundaki görüşler için bkz. **EREM-TOROSLU**, s. 565. Sorun bu tartışmalara girmeden kanuni tipin yorumlanması ve somut olaya uygulanması çerçevesinde halledilebilir. Bu anlamda Türk hukukunda değişik görüşler olmasına rağmen ağırlıklı görüşe göre bu suçun varlığı için malın bulunduğu yerden alınması yeterlidir. Malın bulunduğu yerden ne anlaşılması gerektiği ise somut olaya göre belirlenir. Örneğin bir apartman dairesindeki malın bulunduğu yer apartman dairesidir. Bu mal bulunduğu dolaptan alındığında değil, dairenin dışına çıkarıldığında bulunduğu yerden alınmış sayılır ve maddi unsur tamamlanmış olur. **TOROSLU**, Nevzat: Ceza Hukuku, Özel Kısım, s. 132. Bu konuda Yargıtay ise genellikle hakimiyet alanından çıkarma kriterini uygulamakta bazen de yardımcı kriter olarak kesintisiz takip edilme kriterine de başvurmaktadır Yargıtay’ ın bu kriterleri uyguladığı bazı kararlarından örnekler sunuyoruz: “Sanığın yakınının işyerine girip, yazar kasadan parayı aldıktan sonra, henüz dışarı çıkmadan yakalandığının anlaşılması karşısında, suçun kalkışma aşamasında kaldığının gözetilmemesi...” (6. CD, 17.11.2005, 2003 / 17754, 2005 / 10405); “Yakınana ait büfeden çaldıkları malı eve götürdükleri sırada bina girişinde düşmeleri üzerine durumlarından kuşku edilen tanık Şeref Ö. tarafından rastlantı sonucu yakalandıkları anlaşıl原因 sanıkların eyleminin tamamlandığı gözetilmeden... kalkışma aşamasında kaldığının kabul edilmesi...” (6. CD, 07.10.2002, 8737 /11121); “Olay sırasında görülüp kesintisiz izleme olmaksızın, sonradan kolluk görevlilerince sırtında çuvala itmesinden kuşku edilerek yakalanan sanığın eyleminin tamamlandığı gözetilmeden TCK’ nın 62. maddesiyle hüküm kurulması...” (6. CD.07.10.2002, 8891 / 11084); “Sanığın katılanın evinden çaldığı suça konu eşyalarla olay yerinden ayrıldıktan sonra kuşku üzerine evin 100 metre kadar uzağında yakalanması şeklinde gelişen olayda kesintisiz takip bulunmaması karşısında, suçun tamamlandığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...” 86. CD, 03.10.2002, 17095/ 11084); “Sanıkların suça konu tekerlekleri söktükten sonra henüz kendilerine ait kamyonu yükledikleri sırada yakalandıkları, suçun hareketlerini bitirip kendi hâkimiyeti alanlarına sokamadıkları ve suçun... teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden tamamlanmış suçtan hüküm kurulması suretiyle sanıklara fazla ceza hükmolünmesi...” (11. CD, 20.6.2002, 5100 / 6016); “Sanığın sahte öğrenci kimliğiyle girdiği Bilkent Üniversitesi Kütüphanesinden 12 adet dergiyi çalıp dışarı çıkaracağı sırada yakalandığının kabulü karşısında eyleminin

Bütün bu açıklamalardan sonra “iter kriminis”i kapatan bağımsız bir sona erme evresinin varlığı ve anlamı hakkında her şeyden önce üç saptama yapmak gerekir⁷⁸: Birincisi bu kavramın varlık hakkına sahip olduğudur. Bu her şeyden önce Kanundan çıkarılabilir. Zamanaşımını düzenleyen maddede kanun koyucu zamanaşımının başlangıcını belirtirken tamamlanmış suçlardan ayrı olarak bir de kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ana atıf yapmıştır. Diğer yandan suçun formel anlamda tamamlandığı, ancak tipe uygun davranışların hâlâ sürdürüldüğü olaylarda, gereksiz⁷⁹ veya iştirak imkanı ve ağırlaştırıcı nedenlerin faile isnadının mümkün olması nedeniyle tehlikeli⁸⁰ de görülse tamamlanma ve sona erme arasında ceza hukuku

TCK’ nın 491/3 ve 62. maddelerine uyduğu gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması sonuca etkili olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır” (6.CD, 17.6.2002, 6022 /8341); “Sanığın suça konu malları alıp marketten çıkmak üzereyken yakalandığı, böylece icra hareketlerini tamamlamasına rağmen neticeyi alamadığı anlaşılmasına rağmen suçun...teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden,...” (11. CD, 03.06.2002, 4818 / 5130); “...yol ayrımına doğru gitmekte olan sanıkların müşteki ve tanıklar tarafından görüldüğü, evine gidip üstünü değiştiren müştekinin parasının çalındığını anladığı ve sanıklardan kuşkulananarak onları aramaya başladığı tesadüfen yol ayrımında yakaladığı dosya kapsamında anlaşılma; somut olayda kesintisiz takipten söz edilemeyeceği gibi çalışanların hâkimiyet alanına geçirildiğinden atılı suçun tamamlandığının kabulü gerekirken... teşebbüs aşamasında kaldığından bahisle yazılı şekilde uygulama yapılması...” (11. Cd, 27.05.2002, 4425 / 4768); “Sanıkların içinde tişört bulunan çuvalı alıp uzaklaşacakları sırada etraftan görülüp kesintisiz takip sonucu henüz malları hâkimiyet alanına geçirmeden 10 metre ileride yakalandıklarının anlaşılmasına göre; suçun... kalkışma aşamasında kaldığının kabulü gerekirken tamamlandığından bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması...” (11. Cd, 11.03.2002, 1397 /1858); “Sanığın çaldığı cüzdanı hasta olan çocuğunun yatağın altına gizlediği, kısa bir süre içerisinde durumu fark eden şikayetçinin ihbarı üzerine servis hemşirelerince yapılan aramada gizlediği yerden ele geçirildiği, bu suretle sanığın çaldığı cüzdanı henüz hâkimiyet alanına alamadan yakalanması nedeniyle suçun...teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden tamamlandığından bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması...” (11. CD, 05.03.2002, 1346 / 1700); “Sanığın lokantanın kapısından çıktığı sırada geri çağırılarak yakalandığı ve böylece suçun tam teşebbüs aşamasında kaldığı anlaşılmasına rağmen tamamlandığından bahisle hüküm kurulması...” (11. CD, 20.11.1997, 5927 / 6213).
MERAN, Necati: Açıklamalı İçtihatlı Yeni Ceza Kanunu, 2. Bası, Ankara 2007, s. 208–210.

78 **HİLLENKAMP**, Vor § 22, Kn. 30.

79 **BİTZİLEKİS**, s. 723.

80 **KUHL**, Beendigung, s. 678.

bakımında çıkabilecek problemlere çözüm getirmek açısından da gereklidir⁸¹. İkinci olarak hiçbir suç veya suç grubu kategorik olarak kesin bir şekilde sona erme evresinin olamayacağı suçlar olarak değerlendirilmemelidir. Bu her şeyden önce ani suçlar⁸² bakımından geçerlidir. Örneğin yukarıda da bahsettiğimiz gibi yaralama veya eşyaya zarar verme birbiri ardınca yapılan davranışlarla gerçekleştirilebilir; ya da eşyaya zarar verme yangın çıkarma suçunda olduğu gibi bir zaman aralığında gerçekleşebilir⁸³. Üçüncü olarak, formel tamamlanma ile sona erme arasındaki bir evrenin söz konusu olabileceği bütün suçlarda ve bu evreyle ilgili bütün problemlerde aynı tarz bir çözümün mümkün olmadığını kabul etmek gerekir. Zira sona erme evresinin varlığıyla ve anlamıyla ilgili sorunlar tamamlanma evresinden farklı olmayarak her bir suç tipinin yorumlanması yoluyla çözülebilir. Böylece, aynı şekilde, sona erme evresinin veya sona erme noktasının saptanmasının önemli olabileceği değişik kurumlarla ilgili olarak, başvuru kaynağı yine kanun olacaktır. Örneğin zamanaşımının başlangıcı, affin kapsamı, suçun işlendiği yerin saptanması gibi sorunların çözümü kanun temelinde yapılacaktır⁸⁴.

Sorunun özetini bu şekilde ortaya koyduktan sonra bu evreyle ilgili bütün problemlere tatmin edici cevaplar bulmanın başlı başına bir çalışmaya gerektirdiğine işaret edelim. Bu yüzden burada sadece sona ermenin her suç veya suç gruplarında söz konusu olabileceğini belirterek birkaç hususa değinmekle yetinelim.

Birincisi, sona erme evresinden cezalandırılabilirliği inşa eden veya ağırlaştırıcı sonuçlar çıkarıldığı durumlarda kanunilik prensibi nedeniyle bu evre katı bir normatif anlayışla kanuni tipin içine dâhil edilebilmelidir⁸⁵. Eğer kanun cezai sonuçların tek kaynağı olarak kabul ediliyorsa o zaman cezalandırmanın sınırlarının kanun koyucunun kanuni tipte belirlediği sınırlar içinde olması gerektiği de kabul edilmelidir. Eğer bazı yazarların söylediği gibi⁸⁶ kanun koyucunun cezalandırılabilirliğin sadece asgari şartlarını belirlediği ve kanuni tipte belirlenen sınırları aşan bir “sonraki / ard bölge” (Nachzone)⁸⁷ bulunduğu kabul edilirse hukuk güvenliği kaybolur⁸⁸.

81 Bkz. ÖZTÜRK / ERDEM, Kn. 347.

82 Ani suç ve kesintisiz suç kavramları için bkz. TOROSLU, Genel Kısım, s. 250, 251.

83 HILLENKAMP, Vor § 22, Kn. 30; JESCHECK, s. 687.

84 HILLENKAMP, Vor § 22, Kn. 31–33.

85 HILLENKAMP, Vor § 22, Kn. 35.

86 JESCHECK, s. 690.

87 WESSELS / BEULKE, Kn. 591.

Ayrıca sona erme evresinin varlığı ve sonuçlarının belirlenmesinde örf ve adet hukukuna dayanılarak⁸⁹ ya da kanuni tipin formel tanımından değil onun içinde bulunan “yasağın anlamından hareket ederek”⁹⁰ bir dayanak noktası oluşturulmak istenirse her iki yöntem de kanunilik prensibine aykırıdır⁹¹. Her şeyden önce “yasağın anlamı”nın kapsamının ne olduğu belli değildir. Bu kriter çok belirsiz olduğu için yorum ile kıyasın sınırlarını zorlayacak sonuçlara götürebilir⁹². Ceza hukuku cezai sonuçları “yasağın anlamına” değil kanuni tipe bağlamıştır⁹³. Cezai sonuçların doğmasında belirleyici olan normun arkasında yatan değil sadece ceza kanununun kendisidir⁹⁴. Sonuç olarak sona ermeyi kanunilik prensibini ihlal etmeyecek şekilde bir yorum sorunu⁹⁵ olarak ele alan bir “tipikliğe dayanan sona erme

88 **BİTZİLEKİS**, s. 732.

89 HAU, Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen (1974), s. 22, 53, 59’dan naklen: **BİTZİLEKİS**, s. 734; **ZACZYK**, § 22 Kn. 6.

90 **JESCHECK**, s. 691; **ESER**, § 250 Kn 10.

91 **HILLENKAMP**, Vor § 22, Kn. 35; **BİTZİLEKİS**, s. 735.

92 “Kıyas yasağının mutlak bir değer taşıyıp taşımadığı, yani bu yasağın sadece suç ve ceza yaratan normlar gibi aleyhe olan normlarla sınırlı mı olduğu yoksa suç ve cezayı ortadan kaldıran normlar gibi sanığın lehine olan normları da mı kapsadığı tartışma konusuydu. 2004 tarihli Ceza Kanunu sadece suç ve ceza içeren hükümlerin uygulanmasında ve yorumlanmasında kıyası yasakladığına göre (m. 2, f. 3) suç ve ceza içermeyen hükümler yönünden lehte kıyas yapılmasına kanuni bir engel bulunmamaktadır. Bu itibarla fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran nedenler, bir başka deyişle hukuka uygunluk nedenleri konusunda kıyas işleminin yapılabileceği kabul edilmelidir. Lehte kıyası aynı şekilde, isnat edilebilirliği kaldıran veya azaltan nedenler yönünden olduğu gibi, açıklayıcı ceza normları yönünden de mümkündür”. **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 61

93 **BİTZİLEKİS**, s. 735; **KUHL**, Grundfalle, s. 113; **KÜPER**, Grenzfragen der Unfallflucht-Zugleich ein Beitrag zur Deliktsbeendigung, in: Juristenzeitung (JZ) 1981, s. 252.

94 **MAURACH / GÖSSEL / ZİPF**, s. 5.

95 “Yorum faaliyetinin mahiyeti tartışmalı bir konudur. Her türlü felsefi tartışmalar bir yana bırakılarak, sorun sadece ampirik-bilimsel açıdan incelendiğinde, ceza normlarının çok defa suçu oluşturan fiili ve unsurlarını ancak kısmen belirlediğini göz önünde tutmak gerekir. Bazen fiilin unsurları hiçbir şekilde belirlenmemektedir. Örneğin kötü muamele suçunda (TCK. m. 232) olduğu gibi. Aynı şeyi suçu ağırlaştırıcı veya hafifleten bazı nedenler yönünden de söylemek mümkündür. Örneğin tasarlayarak (taammüden) adam öldürmeyi düzenleyen madde (TCK. m. 82) tasarlama konusunda hiçbir belirleme içermemektedir. Ayrıca eklemek gerekir ki, kanunu kaleme alanların bazı sorunları

kavramı” kabul edilmelidir⁹⁶. Buna göre sadece normun yorumlanması⁹⁷ sonucu normda tarif edilen suçun devamı kapsamında hareketler ve olaylar sona erme kapsamına girebilir⁹⁸.

Bunlardan hareketle, fiilin gerçekleştirilmesinin tekrarlanan veya devam eden suç veya hareket yapısına uyduğu olaylarda, örneğin kesintisiz suçlarda ve çeşitli hareketlerin doğal veya hukuki değerlendirmeye bir bütün oluşturduğu olaylarda suçun birçok icrai veya ihmali hareketle gerçekleştirilmeye devam edilmesinden ve bu yüzden de “tipiklik içi” davranışlardan söz edebiliriz⁹⁹. Burada sona erme noktasının ileriye kaydırılması ve böylece “sonraki / ard bölge”den cezalandırılabilirliği kuran

bilinçli olarak çözümsüz bıraktıkları durumlar az değildir. Bu gibi durumlarda çözüm açıkça doktrine ve yargı kararlarına bırakılmıştır. Bütün bunlardan, kanunda yorumcu tarafından doldurulması gereken boş alanların bulunduğu sonucunu çıkarma zorunluluğu doğmaktadır. Bu gibi durumlarda yorumcu, genel direktifleri tamamlanmış emirler haline getirmek, yani kesin şekilde ve açıkça belirlenmiş emirlere hayatîyet vermek suretiyle kanun koyucunun eserini tamamlamaya devam etmek zorundadır. Bu görev kabul edilince, yorumcunun, sadece kanun koyucunun zihinsel faaliyetini kendi zihninde tekrar ederek kanunun içeriğini araştıracağı şeklindeki anlayışı savunmak mümkün değildir. Bu anlayış gerçek anlamda bir varsayımı içermektedir. Çünkü gerçeğe aykırı olarak, yorumcunun kanuna eklediği şeyin kanunda var olduğunu varsayar. Öte yandan kanun koyucu bir soyutlama olduğundan, gerçekte var olmayan bir kişinin zihinsel faaliyetinden söz etmek bir mecazdan başka bir şey değildir. Bu itibarla yorumcunun faaliyetini sadece olamı tespit edici bir faaliyet olarak nitelendirmek doğru olmayacaktır. Kuşkusuz yorumcu hukuk yaratmaz; çünkü bu kanunun görevidir; ancak yorumcu, gerektiğinde yasamanın ortaya koyduğu emirleri tamamlamak suretiyle hukukun yaratılmasına katılır”. **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 55–56. “Hukuk yorumu” nun ayrıntılı bir incelemesi için bkz. **HAFIZOĞULLARI**, Ceza Normu, Ek: Hukuk Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu, s. 332 vd.

⁹⁶ **KUHL**, Beendigung, s. 678.

⁹⁷ “Yorum yönünden göz önünde bulundurulması gereken genel direktifleri, müsbet hukuk düzeninin genellikle uyduğu temel kriterler ortaya koyar. Örneğin halkın etik bilincine saygı, insan kişiliğini koruma, adalet ilkesi ve özellikle modern ceza hukuku alanında ‘kanunuz suç ve ceza olmaz’ ilkesi, suçun sübjektif unsurunun objektif unsura üstünlüğü, suçlunun kişiliğinin göz önünde bulundurulması gibi”. **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 58. Ayrıca yorum araçları ve yorum metotları için bkz. a.g.e. s. 56–60.

⁹⁸ **KUPER**, s. 251; **KUHL**, Beendigung, s. 676.

⁹⁹ **VOGLER**, Vor § 22, Kn. 35.

veya cezayı ağırlaştırıcı sonuçlar çıkarılmasında bir problem yoktur¹⁰⁰. Çünkü burada aslında hala devam eden genişlemiş bir tamamlanma evresi vardır. Örneğin kişiyi hürriyetinden mahrum etme suçunda mağdurun serbest kalmasına, eşyaya zarar verme suçunda eşyanın tamamen yok edilmesine, birden fazla darbeye gerçekleştirilen yaralama suçlarında son darbenin vurulmasına kadar devam ettiği söylenebilir. Ancak bunun ötesinde özellikle özel kasıtlı suçlarda sona ermenin ancak amacın gerçekleşmesiyle, örneğin çalınan şeyin güvence altına alınmasına kadar veya bir yere nakline kadar devam ettiğini söylemek sıkı normatif anlayışla bağdaşmaz¹⁰¹. Bu nedenle bu olaylarda toptancı çözüm yerine her bir somut olayın değerlendirilip kanuni tipe uygun bir tamamlanmanın ne zaman gerçekleştiğini saptamak gerekir. Bu suçlarda bir yandan amacın elde edilmesi kesinlikle sona erme için bir ölçü olmaması gerekirken, diğer yandan örneğin hırsızlıkta çalınan eşyanın parça parça bir evden çıkarılması olayında olduğu gibi suçun bir müddet devam ettiği, yani tamamlanmadan sonra bir sona erme evresinin varlığı da göz ardı edilmemelidir.

Bu ifadeler sona erme evresi söz konusu olduğunda cezalandırılabilirliği kuran veya sınırlarını genişleten nedenler olarak genellikle iştirak ve ağırlaştırıcı nedenlerin gündeme getirildiği¹⁰² olaylarda da geçerlidir. Bunlar ancak sıkı normatif bir sona erme kavramına dayandırılırsa haklı görülebilir. Bu durumda bir suça iştirak edenin durumu ancak her bir suçu düzenleyen kanuni tipten ve iştirak kurallarını düzenleyen hükümlerden çıkarılabilir. Aksi durumda cezalandırılabilirliğin sınırlarını belirleyen kanunilik prensibine aykırı hareket edilmiş olur¹⁰³.

Zamanaşımı ve af konusunda da aynı şekilde hareket edilmeli ve sona erme evresi normatif temelde belirlenmelidir¹⁰⁴. Bu kurumlarda sürelerin her suçta ancak maddi anlamda tamamlanmadan sonra başlayacağı anlayışı bu nedenle yanlıştır¹⁰⁵. Bu nedenle Kanunun zamanaşımının başlangıcıyla ilgili yaptığı düzenlemeye göre (TCK, m.66/6) hareket edilmelidir.

Son olarak; maddi tamamlanma anlayışı taraftarlarının bu anlayışlarını uyguladığı konu, meşru savunmada saldırının varlığı şartıyla ilgilidir.

¹⁰⁰ KUHL, Kommentar, § 22 Kn. 2.

¹⁰¹ HILLENKAMP, Vor § 22, Kn. 36.

¹⁰² KUHL, Beendigung, s. 679, 683; RUDOLPHI, Vor § 22, Kn. 9, 10; ESER, Vorbem § 22 Kn. 10, 11.

¹⁰³ HILLENKAMP, Vor § 22, Kn. 37.

¹⁰⁴ HILLENKAMP, Vor § 22, Kn. 37.

¹⁰⁵ BITZILEKIS, s. 740.

Böylece özellikle bir malı alıp kaçan hırsızlık failine karşı suçun tamamlanmasından sonraki bir aşamada bile örneğin malın bir yere taşınması veya saklanması sırasında hatta daha da ileri götürülerek failin amacını gerçekleştirenceye kadar yapılan müdahaleler meşru savunma kapsamına sokulmak istenmektedir. Zira onlara göre henüz hırsızlık yani saldırı bitmemiştir¹⁰⁶. Ancak bu anlayış burada da yanılmaktadır. Eğer meşru müdafaanın varlığı için gerekli olan saldırının varlığı/ devam etmesi/ güncelliği koşulunu maddi anlamda tamamlanmaya dayandırılmak istenirse o takdirde, her zaman bu anlamda bir sona ermenin gerçekleşmediği her olayda saldırı koşulunun varlığı kabul edilmek zorundadır. Bu ise meşru müdafaada aranan bir saldırının varlığı / mevcudiyeti koşulunu çok fazla genişletmek anlamına gelir ve bu kurumun kabul edilme nedenlerine ters sonuçlara neden olabilir¹⁰⁷. Ancak bu anlamdaki hareketlere karşı hırsızlık mağduru tamamen korunmasız da değildir. Yine bir hukuka uygunluk nedeni olan bir hakkın korunması çerçevesinde (TCK m. 26)¹⁰⁸ hakkını koruyabilir¹⁰⁹. Bu anlamda zilyetliğin korunmasına ait koşullar gerçekleştiğinde Medeni Kanundaki Savunma Hakkı (MK. m. 981).hükmüne göre malını geri alabilir. Yani meşru savunma koşullarının artık uygulanamayacağı bir evrede mağdur malını bir hakkın korunmasına ilişkin şartlara göre gerçekleştirdiğinde ceza almaz¹¹⁰. Bu durumda hırsızlık durumlarında malın korunması için mutlaka formel tamamlanmadan sonraki aşamayı cezai sonuçlar doğuracak şekilde genişletmeye gerek yoktur¹¹¹.

Buraya kadar anlatılanlardan çıkan sonuca göre; formel anlamda tamamlanmadan sonraki aşamadan, maddi ve bağımsız anlamda sona erme

¹⁰⁶ BLEİ, Hermann: Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, München 1996, s. 109. Benzer görüşte: OTTO, § 18 Kn. 11.

¹⁰⁷ BİTZİLEKİS, s. 743.

¹⁰⁸ 765 sayılı TCK' da yer almayan ama uygulamada kabul edilen bir hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenlerini yeni kanun "Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası" başlığı altında açıkça hükme bağlamıştır.

¹⁰⁹ 765 sayılı TCK' döneminde mala karşı saldırılar meşru savunma kapsamında görülmüyordu. Ancak mala karşı saldırı 765 sayılı Kanunun 461. maddesinde yazılı koşullar içinde meydana gelmişse mağdurun bu çerçevede savunmada bulunmak hakkı bulunmaktaydı. 5237 sayılı Kanun ise mala karşı saldırıları da meşru savunma kapsamında görmektedir

¹¹⁰ İÇEL, Kayıhan / SOKULLU-AKINCI, Füsun / ÖZGENÇ, İzzet / SÖZÜER, Adem / MAHMUTOĞLU, Fatih S. / ÜNVER, Yener, İçel Suç Teorisi, İstanbul 2000, s. 142.

¹¹¹ BİTZİLEKİS, s. 743; KUHL, Beendigung, s. 193.

doktrininin, yukarıda sayılan durumlar haricinde cezalandırılabilirliğin temeli veya genişletmeye neden olacak sonuçlar çıkarmaları ne dogmatik olarak ne de kriminalpolitik nedenlerden dolayı haklı görülemez.

Sonuç

Ceza Kanununda yer alan suçlar hukuki konunun zarara sokulması veya tehlikeye sokulması esasına göre inşa edilmişlerdir ve cezalandırılma kanuni tipteki bütün unsurların gerçekleştirilmesine bağlanmıştır; yani suçun tamamlanması anına göre ceza belirlenmiştir. Kanunda yer alan tipe uygun bir eylem gerçekleştirildiğinde suç formel olarak tamamlanmıştır; fail suç için öngörülen ceza ile cezalandırılır.

Belirli bir kanuni tipteki bütün unsurlar suçun varlığı için gerekli ve yeterli olarak gerçekleştiği anda suç tamamlanır. Eğer en azından bir unsur meydana gelmemişse ortada tamamlanmış bir suç da yoktur. Suçun tamamlanması sadece biçimsel bir kavramdır. Suç, insandan kaynaklanan bir fiilin, bir ceza normunda ifadesini bulan soyut suç tipine tam olarak uyduğu anda tamamlanmış olmaktadır. Yani kanuni tipteki unsurlar gerçekleştiğinde henüz fail amacını gerçekleştirmemiş bile olsa suç tamamlanmıştır. Tamamlanma aşamasının anlamı böylece bir yandan teşebbüsün evresinin aşılması, diğer yandan da artık gönüllü vazgeçmenin imkânsız olmasıdır. Tamamlanma anı pratik olarak cezalandırılmayan alan ile cezalandırılan alanın sınırını çizmesi bakımından büyük önem taşır. Bu anın tespiti genel olarak değil, her bir suç tipine göre yapılabilir. Bununla birlikte örneğin tehlike suçları ve zarar suçları bakımından genellemeler yapılabilir.

Formel anlamdaki suçun tamamlanması aşamasını sona erme aşaması izleyebilir. Tamamlanmış suç somut ağırlığının en ileri aşamasına ulaştığında son bulma aşaması söz konusudur. Suçun tamamlanması suçun var olduğu, gerçekleştiği anı, sona ermesi ise suçun son bulduğu, suç yolunun kapandığı anı gösterir. Sona erme kavramını tamamen reddetmek doğru olmadığı gibi, bu evreyi kanunilik sınırlarını aşacak şekilde geniş yorumlamak ve be evreye cezalandırılabilirliğin sınırlarını genişletecek sonuçlar bağlamak da doğru değildir. Yapılması gereken her bir kanuni tipin yorum faaliyeti yoluyla anlamı ve kapsamının belirlenmesi ve tipikliğe dâhil edilebilecek bir sona erme kavramının kabul edilmesidir.

KAYNAKÇA*

- BITZILEKIS**, Nikolaos: Über die strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat, ZStW 99 (1987).
- BAUMANN**, Jürgen / **WEBER**, Ulrich / **MITSCH**, Wolfgang : Strafrecht Allgemeiner Teil, Bielefeld 2003
- BLEI**, Hermann: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, München 1996.
- DEMİRBAŞ**, Timur: Ceza Hukuku- Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2006
- EREM**, Faruk / **TOROSLU**, Nevzat: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2000.
- ERSOY**, Yüksel: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1999
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki: Türk Ceza Hukuku, Ders Notları, Ankara 2007–2008, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/uygulamaci/ucezagenel.htm> (27.09.2007) (**Ders Notları**)
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki: Ceza Normu-Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, İkinci Baskı, Ankara 1996. (**Ceza Normu**)
- İÇEL**, Kayıhan / **SOKULLU-AKINCI**, Füsun / **ÖZGENÇ**, İzzet / **SÖZÜER**, Adem / **MAHMUTOĞLU**, Fatih S. / **ÜNVER**, Yener: İçel Suç Teorisi, İstanbul 2000.
- GOSSEL**, Karl Heinz: Über die Vollendung des Diebstahls, ZStW 85 (1973).
- GÖZLER**, Kemal: Kurucu İktidar, Bursa 1998.
- GROPP**, Walter: Strafrecht-Allgemeiner Teil, 3.Auflage, Berlin-Heidelberg 2005.
- JACOBS**, Günther: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin-Newyork 1991.
- JESCHECK**, Hans Heinrich: Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974.

* Birden fazla eseri olan yazarların eserlerinin çalışmada geçen kısaltması ve “kommentar”ların (şerh) çalışmamıza aldığımız bölüm yazarları parantez içinde gösterilmiştir

- JESCHECK**, Hans Heinrich / **WEIGEND**, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996.
- KUHL**, Kristian: Die Beendigung des vollendeten Delikts, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin 2001. (**Beendigung**)
- KUHL**, Kristian: Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, JUS 1980. (**Grundfälle**)
- KUHL**, Kristian: Strafgesetzbuch-Kommentar, 25. Auflage, München 2004. (**Kommentar**)
- KUPER**, Wilfred: Grenzfragen der Unfallflucht-Zugleich ein Beitrag zur Deliktsbeendigung, JZ 1981.
- LEIPZIGER KOMMENTAR**: Strafgesetzbuch, Grosskommentar, bearbeitet von Thomas **HILLENKAMP** u.a., 1. Band Einleitung, §§ 1 bis 31, 11. Auflage, Berlin 2003. (**Hillenkamp**)
- LEIPZIGER KOMMENTAR**: Strafgesetzbuch, Grosskommentar, bearbeitet von Theo **VOGLER** u.a., 1. Band Einleitung, §§ 1 bis 31, 10. Auflage, Berlin 1985. (**Vogler**)
- MAURACH**, Reinhart / **GÖSSEL**, Karl Heinz / **ZIPF**, Heinz : Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Heidelberg 1989. (**1989**)
- MAURACH**, Reinhart / **GÖSSEL**, Karl Heinz / **ZIPF**, Heinz : Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Heidelberg-Karlsruhe, 1978. (**1978**)
- MERAN**, Necati: Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Bası, Ankara 2007.
- NOMOS KOMMENTAR**: zum Strafgesetzbuch, Band 1, 2. Auflage, bearbeitet von Rainer **ZACZYK** u.a., Baden Baden 2005. (**Zaczyk**)
- ÖZBEK**, Veli Özer: TCK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Kanununun Anlamı, Ankara 2005.
- ÖZTÜRK**, Bahri / **ERDEM**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2006.
- ROXIN**, Claus : Strafrecht-Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006.
- SCHMIDHAEUSER**, Eberhard / **ALWART**, Heiner : Strafrecht-Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Tübingen 1984.

-
- SCHONKE**, Adolf / **SCHRODER**, Horst: Strafgesetzbuch-Kommentar, bearbeitet von Albin **ESER** u.a., 26. Auflage, München 2001. (**Eser**)
- SOYASLAN**, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006
- STRATENWERTH**, Günter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 2000.
- SYSTEMATISCHER KOMMENTAR**: zum Strafgezetzbuch, Band I Allgemeiner Teil (§§ 1 bis 79b), 2. Auflage, von, Hans –Joachim **RUDOLPHI** u.a, Frankfurt am Main, 1977. (**Rudolphi**)
- TOROSLU**, Nevzat: Ceza Hukuku -Genel Kısım, Ankara 2005. (**Genel Kısım**)
- TOROSLU**, Nevzat: Ceza Hukuku -Özel Kısım, Ankara 2005. (**Özel Kısım**)
- TRONDLE**, Herbert / **FISCHER**, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 51. Auflage, Münschen, 2003. (**Tröndle /Fischer**)
- WELZEL**, Hans: Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Berlin 1969.
- WESSELS**, Johannes / **BEULKE**, Werner :Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 34. Auflage, Heidelberg 2004.

DEĞER YARGILARI BAĞLAMINDA AVRUPA KİMLİĞİ

*Muhammed İkbal İMAMOĞLU**

Bugünlerde Avrupa, kendisi için bir kimlik tanımlamasının nasıl yapılabileceği ve bu kimliğin temelini teşkil eden değerlerin neler olabileceği sorularıyla yoğun olarak meşgul olmaktadır. Farklı bilim dallarına mensup bilim adamları ulusal ve uluslararası düzeyde sıkça bir araya gelmekte, kendi disiplinleri veya disiplinlerarası bir zaviyeden meselenin nasıl ele alınabileceğine dair hummalı bir tefekkür ve neşriyat faaliyetinde bulunmaktadır. Bu çerçevede, Alman Anayasa Mahkemesi'nin burada bulunmasından dolayı "Temel Hakların Şehri" (*Die Stadt der Grundrechte*) olarak adlandırılan Karlsruhe şehrinde, 8-11 Mayıs 2007 tarihleri arasında "Değer Yargıları. Değerleri Yargılamak. Avrupa'da Adalet ve İnsani Değerler"¹ başlıklı uluslararası bir kongre tertiplendi.

I. Genel Değerlendirme

Kongrede, muhtemel bir Avrupa kimliği tarifinin nasıl yapılabileceği, bu kimliğin oluşturulmasında değerlerin yerinin ne olacağı ve henüz tasarı aşamasında olan Avrupa Birliği Anayasası'nın Avrupa kimliğini tanımlayan bir metin olarak hazırlanmasının gerekli olup olmadığı konuları tartışıldı. Sunulan tebliğlerde, değer çatışmalarının en bariz bir biçimde gün yüzüne çıktığı somut örneklerden yola çıkılarak, teorik temeller tespit edilmeye çalışıldı. Bu meyanda, biyo-ahlak "bioethics", kürtaj, ötenazi, namus cinayetleri ve kamusal alanda din konuları, Avrupa kimliğinin oluşturulmasında Avrupa mahkemelerinin vazifesi; bilim-hukuk-siyaset-ekonomi-din-ahlak ilişkileri; Avrupa'nın kendi içindeki kültürel çeşitliliğinin geleceği gibi daha üst başlıklarla irtibatlı olarak ele alındı.

* Heidelberg Üniversitesi Hukuk Fakültesi doktora öğrencisi.

¹ Kongrenin asıl ismi: "Wert Urteile. Judging Values. International Congress on Justice and Human Values in Europa". Kongre hakkında daha detaylı bilgi edinmek için (katılımcılar, organizasyon, tebliğlerin listesi, irtibat adresleri vs. hakkında), ayrıca şu adrese de bakılabilir: www.werturteile.de. Bu makalenin yayımlanmasında katkılarından dolayı değerli meslektaşım Yrd. Doç. Dr. Arslan Topakkaya'ya teşekkür ediyorum.

Kongrede genel kanaat, Avrupa Birliği vatandaşlarında bir aidiyet hissi uyandırmak ve Avrupa'nın insanlık tarihi için üstlendiği vazifenin ne olduğunu tanımlayabilmek için Avrupa'nın bir değerler manzumesine "Europäischer Wertekanon" sahip olması gerektiği yönünde oluştu. Tartışmalarda gündeme gelen temel kaygı ise, Avrupa'nın neoliberal bir felsefe ile temelinde sadece ticari menfaatlerin yattığı bir birliktelik olarak görülmesinin, Avrupa Birliği vatandaşlarının nezdinde Avrupa'nın meşruiyeti hususunda önemli şüphelere yol açabileceğiydi. Gerçekten de ticari menfaatleri esas alan bir anlayış, insanın şerefine, mahiyetine ve varlık amacına dair olan dini ve ahlaki tartışmaları arkaplane itmekle, ahlaki sınırların yitirilmesi ve insanın yalnızca maddi menfaatlere ulaşmak için bir araç konumuna indirgenmesi tehditlerini beraberinde getirmektedir. Mesela ticari bir zihniyet ile yaklaşıldığında, insan embriyoları, üzerinde her türlü deneyin yapılabileceği bir deney malzemesi, insan vücudu da bir hücre deposu olarak görülebilmekte; hasta-doktor ilişkileri, karşılıklı rızaya dayanması halinde her türlü tedavi usulünün denenebilmesine imkan sağlayan bir ticari sözleşme gibi algılanabilmektedir.

Kongrede müşterek bir kimlik ve değerler manzumesinin tespit edilmesinin gerekliliği noktasında fikir birliği oluşurken, bu kimlik ve değerlerin mahiyeti, sınırları ve işlevlerinin tespiti hususunda önemli fikir ayrılıkları dikkat çekti. Hakim olan görüşe göre, „insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti“ fikirleri, Avrupa'nın müşterek değerlerini teşkil etmektedir ve değerler manzumesi olarak bunlarla yetinilmelidir. Bu fikirlerin, her üye ülke tarafından gözetilmesi gereken bir çekirdeği vardır. Bu çekirdek Avrupa'nın müşterek değerlerinin özüdür ve genel çerçeveyi çizer. Bu ana çekirdeği ihlal etmemek şartıyla üye devletler, kendi yerel değerleri ve bu fikirler arasında farklı dengeler kurmak hususunda serbesttirler. Bu serbestiyet, Avrupa içindeki kültürel çeşitliliğin muhafazası noktasında önemlidir. Bu nedenle üye devletlere, temel çekirdeği ihlal etmemek şartı ile, kendi ekonomik, sosyal ve kültürel şartlarına göre, çatışan değerler arasındaki ilişkiyi belirleme noktasında takdir haklarını kullanabilecekleri bir hareket alanı bırakılmalıdır.

Her ne kadar, "insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti" fikirlerinin Avrupa'nın temel değerleri olarak kabul edilmesi gerektiği konusunda genel bir kanaatin varlığından bahsedilebilir ise de, bu fikirlerin felsefi olarak nasıl temellendirilmesi gerektiği konusu henüz ihtilafli bir mesele olarak görünmektedir. Hakim kanaate göre, bu fikirlerin ortaya çıkışında Avrupa'nın yerel kültürel tecrübeleri (Antik Yunan felsefesi, Roma Hukuku, Hristiyan-Yahudi mirası, Aydınlanma, hümanizm ve dünya savaşları) merkezi bir önemi haizdir. Fakat bu fikirler koruma altına aldıkları insan menfaatlerine bakıldığında evrenseldir. Bu nedenle, bu fikirler Avrupa'nın temel değerleri

olarak kabul edilirken, aynı tarihsel tecrübeyi yaşamamış olan halklara da hitap edecek şekilde tarihsel ve kültürel arkaplanlarından mümkün mertebe soyutlanmalıdır. Aksi halde, yani insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti fikirleri ile Avrupa kültürel mirası arasındaki bağın vurgulanması ve bu hakların Avrupa'nın kazanımları olarak ilan edilmesi durumunda, aynı kültürel tecrübeyi yaşamamış olan halklar nezdinde bu haklar Avrupa merkezci bir dünya görüşünün tezahürleri olarak algılanabilecektir. Bu da, bu hakları ihlal eden devletleri, ihlallerini kültürel olarak nisbileştirmek suretiyle meşrulaştırmaya çalışmaya sevk edebilecektir. Ayrıca "insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti" fikirlerinin yanında aydınlanma, Hıristiyan-Yahudi mirası vs. gibi başka diğer kültürel değerleri Avrupa kimliğini tanımlayacak düzeyde önplana çıkartmak, Avrupa'yı bir nevi "kültürel totalitarizm"e de sürükleyebilecektir.² Zira bu tip içi dolu, sınırları somut bir şekilde çizilmiş değer tanımlamaları, bu değerlerin temelinde yatan kültürel tecrübeleri yaşamamış olan üye devletlerin dışlanmasına neden olabilecektir. Bu nedenle, Avrupa Anayasası hazırlanırken somut tarihi ve kültürel tecrübelerle açıkça vurgu yapmaktan kaçınılmalıdır. Azınlık kanaatine göre ise, bu şekilde tarih, kültür ve coğrafyadan soyutlanmış fikirlerle Avrupa kimliğinin tanımlanmaya çalışılması, Avrupa Birliği vatandaşlarında müşterek bir aidiyet hissinin uyandırılması noktasında yeterli olmayacaktır. Avrupa'nın soyut ve evrensel değerlerinin yanında somut ve yerel değerleri de olmalıdır.

II. Tebliğ Özetleri

1. "Avrupa Birliği" bir "Değerler Birliği" olmalı mıdır?

Kongre'nin ilk gününde açılış konuşmasını yapan Joseph Weiler³, Avrupa'nın, değerlerini anayasa düzeyinde bir metinde tespit etmeye çalışmasının makul bir teşebbüs olmadığı tezini savundu. Weiler'e göre bugün Avrupa Birliği, kendisine ait olduğunu iddia ettiği değerleri henüz

² Bu bağlamda Almanya'nın önemli siyaset felsefecilerinden Otfried Höffe'nin, "eleştirel düşünce"nin Avrupa'nın kültürel bir değeri olduğu, bu nedenle de Avrupa Birliği vatandaşı olan müslümanların ve Avrupa Birliği'ne girmek isteyen Türkiye'nin, kutsal metinlerini "Hermeneutik" bir yaklaşımla sorgulayan bir ilahiyat anlayışı geliştirmekle mükellef olduklarını söylemesini kayda değer buluyorum. Bkz. Otfried Höffe, Europäische Wertegemeinschaft? "Avrupalı Değerler Birliği?", Kulturstiftung des Bundes, Stadt Karlsruhe'nin Nisan 2007'de yayınlanan bülteni içinde, s. 24.

³ New York ve Brügge Üniversiteleri'nde Uluslararası Hukuk ve Avrupa Hukuku profesörü. Tebliğinin başlığı: "European Integration and the Question of Values: The Dark Side of the Moon" (Avrupa İntegrasyonu ve Değerler Sorunu:Aynı Karanlık Yüzü).

layıkıyla hayata geçirebilmiş ve tatbikatta yeknesaklığı sağlayabilmiş değildir. Zira Avrupa Birliği, demokrasinin kendine ait bir değer olduğunu söylemesine rağmen, kendi bünyesinde demokrasinin en temel müesseselerinin işleyiş biçiminde bile hala önemli arızalar vardır. Demokratik sistemin işleyişine Avrupa vatandaşlarının katılımı oldukça sınırlıdır ve sistem, kendi bünyesi içerisinde kuvvet dengelerinin değişmesine müsaade edecek mekanizmalardan yoksundur. Ayrıca Avrupa Birliği, Bosna Hersek ve Kosova Savaşları'nda, Avrupa'nın ortasında bir dini cemaat yok edilirken vakitlice harekete geçememiştir! Bu da Avrupa'nın insan haklarını korumak davasındaki inandırıcılığını yitirmesine neden olmuştur! Diğer bir husus da şudur ki, Avrupa'da topluluk düzeyinde benimsenmesi gerektiği iddia edilen değerler, Avrupa vatandaşlarının bireysel/ferdi hayatlarında karşılıklarını bulamamaktadır. Nitekim bugün, Avrupalı insanın nezdinde insanın şerefi, maddi refah seviyesi ile doğru orantılı olarak algılanmaktadır! Bu nedenle asıl yapılması gereken, değerlerin sembolik düzeyde metne alınmasından ziyade, teori ile pratik arasındaki çelişkilerin giderilmesidir. Hayata geçirilmesinde hala önemli sorunlar olan bu nevi değerlerin, anayasa düzeyinde bir metin ile tüm topluluk üyeleri için bağlayıcı olarak ilan edilmesi halinde, Avrupa kendi eliyle yeni meşruiyet krizlerinin doğmasına kapı açacaktır.

Mariachiara Tallacchini'ya⁴ göre, bugün Avrupa'da bilimsel araştırmalar daha ziyade rekabet, kar ve üretim-tüketim paradigmalarını merkezde tutan ticari bir zihniyet tarafından yürütölmektedir. Bu zihniyet ise insanı, onu ekonomik ve teknik gelişmenin bir metaı haline getirmekle tehdit etmektedir. Bu nedenle ticari zihniyetin ahlak ile dengelenmesi lazımdır. Zira ahlak, her ne kadar kanunlardan farklı olarak devlet tarafından cehren tesis edilemese de, insan ilişkilerinin düzenlenmesinde önemli derecede etkin bir rol oynamaktadır. Bu yüzden de ahlak, aslında demokrasinin önemli temellerinden birisidir. Bu da, bireyler nazarında bilimin hareket sahasının sınırlarını tayin etmekle mükellef bulunan siyaset ve hukuku önemli bir meşruiyet sorunu ile karşı karşıya getirmektedir. Zira hukuk ve siyasetin halk nezdindeki meşruiyetleri, halkın ahlaki değerleri ile uyum içerisinde olmaları ile doğrudan alakalıdır. Bu nedenle de eğer Avrupa, "ticari bir proje" olmaktan öte, "insani bir proje" olmayı arzu ediyorsa, hukukunu ve siyasetini geliştirirken, ahlakı da göz önünde bulundurmalıdır. Avrupa Birliği ve üye devletler bünyelerinde "Ahlak Komisyonları"

4 Piacenza ve Mailand Üniversiteleri'nde Hukuk Felsefesi profesörü. Tebliğinin başlığı: "New normative discourses in Europa: Ethics between law and politics" (Avrupa'da Yeni Normatif Diskurs: Hukukla Politika Arasında Hukuk).

kurulmalıdır ve bunlar birbirleri ile sürekli irtibat halinde olmalıdırlar. Avrupa Birliği normları tespit edilirken, sürekli olarak bunların ahlak ile ilişkisi göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak bu sayede Avrupa Birliği vatandaşlarının Avrupa Birliği'ne ve bunun müesseselerine karşı bir aidiyet hissi geliştirmeleri mümkün olabilir.

Alman Anayasa Mahkemesi Başkanı Günter Hirsch'e göre, ahlakın ve değerlerin ne olduğunu tespit ederken hukuki, ahlaki ve kültürel değerler arasında bir ayırım yapılmalıdır. Zira hukukun değerleri olarak da tanımlanabilecek olan anayasal temel haklar, hukukun himayesini toplumda daha geniş kitlelere garanti edebilmek için, belli oranda kültürel ve ahlaki değerlerden soyutlanmıştır. Bu nedenle de kültüre ve ahlaka vurgu yaparken dikkat edilmesi gereken husus, bu vurgunun hukukun sağladığı koruma alanının daralmasına neden olmamasıdır. Örneğin, Mart 2007 tarihinde Frankfurt'taki bayan hakimin, boşanmak isteyen eşlerin mensup oldukları dinin İslam olduğu ve bu dinin kadınların dövülmesine müsaade ettiği, bu nedenle de her iki tarafın da müslüman olduğu bir davada, dayanın boşanma sebebi olarak kabul edilemeyeceğine dair olan kararı, anayasal temel hakların sağladığı koruma alanını kültüre atıfla daralttığından dolayı, kesinlikle kabul edilebilir bir karar değildir. Neticede, ahlak, kültür ve hukuk ilişkisi tartışılırken, anayasal temel hakların çizdiği çerçeve kesinlikle göz önünde bulundurulmalıdır.

Avrupa'nın bir "Değerler Birliği" mi, yoksa bir "Hukuk Düzeni" mi olması gerektiği konusunda konuşan Yvanka B. Raynova⁵, Avrupa'yı bir değerler birliği olarak tanımlamanın zorluklarına dikkati çekti. Raynova'ya göre bu zorluklardan en önemlisi, "temel değerler" ile "temel haklar" arasında nasıl bir ilişki olması gerektiğinin tesbitinde yatmaktadır. Her ne kadar küreselleşen bir dünyada fertlerin aidiyet hissine olan ihtiyaçları artmakta ise de, bu aidiyet hissini tesis için ön plana çıkartılacak olan değerler de yine fertleri, temel hakların alanını daraltmakla tehdit etmektedir. Nitekim bugün yine Avrupa'yı değerler ve hukuk arasındaki ilişkinin nasıl olması gerektiği konusunda önemli açmazlar karşısında bırakan en önemli meselelerden birisi de, temel değerler arasında kabul edilebilecek olan "kamu yararı" ya da "milli güvenlik" in, temel hakların sınırlanmasında ne dereceye kadar bir gerekçe olarak kullanılacakları meselesidir. Bu konudaki tartışmalarda da yine, temel değerlerin temel haklara nisbetle

⁵ Viyana'daki Axiolojik Araştırma Enstitüsü (Institut für Axiologische Forschung) direktörü. Tebliğinin başlığı: "Europa, eine Wertegemeinschaft oder eine Rechtsordnung?" "Avrupa bir "Değerler Birliği" midir, yoksa bir "Hukuk Düzeni" mi?"

mutlak olarak öncelikli kabul edilmesi halinde, temel hakların ne derece vahim sınırlamalara tabi tutulabileceği konusunda önemli ip uçları yakalamak mümkündür. Diğer bir problemlili nokta ise, kültürel, ahlaki ve hukuki değerler arasındaki sınırın nasıl çizilebileceği hususudur. Zira hukuki değerler, daha kapsayıcı olabilmek için belli ölçülerde kültürel ve ahlaki değerlerden soyutlanmalıdır. Dolayısıyla hukuk, ahlaki ya da kültürel değerlere dair olan çatışmalarda, yalnızca hakem vazifesi yapmaya ve bu çatışmaları tarafsız olarak çözmeye çalışmalıdır. Aksi halde, yani hukukun kendi değerlerini belli kültürel ya da ahlaki değerlerle özdeşleştirmesi halinde, bu kültür ve ahlak değerlerini temelde paylaşmayan toplumsal kesimler dışlanmaya maruz kalacaklardır. Bu nevi kaygılardan dolayı, eğer Avrupa bir değerler birliği olarak tanımlanacaksa, her halükarda temel haklar bu değerler içinde yer almalıdır. Bunların yanına ilave olunacak temel değerler ise, özgürlük, eşitlik, yardımlaşma, ötekine saygı vs. gibi farklı kültür ve ahlak çevrelerine mensup kesimleri de kucaklayabilecek ve zaman içinde şartların değişmesi ile içleri farklı şekilde doldurulmaya ya da başka yeni değerlerle zenginleştirilmeye müsait soyut değerler olmalıdır. Bu açıdan bakıldığında bu değerler ne belli bir kültürel, tarihi coğrafyanın değerleri ile özdeşleştirilmelidir, ne de zaman içindeki değişmelere mani olacak tarzda baştan kesin bir şekilde bir “kodex” ile tespit edilmelidir. Lakin burada dikkat edilmesi gereken husus, bu soyutluğun zayıflık anlamında anlaşılmasıdır. Bu değerlerin farklı kültür ve ahlak çevreleri tarafından benimsenebilecek derecede soyut ifade edilmesi gerekliliği ile kastedilen, bunların subjektif değerlendirmelere açık, objektif içerikten mahrum olmaları gerektiği değildir. Bilakis, bu değerlerin bağlayıcı ve farklı yorumlarla aşılamayacak sınırları olmalıdır. Yine bu da, bu değerlerin herbirisinin mutlak manada, istisnasız geçerli olması anlamında anlaşılmalıdır. Tespit edilecek değerler arasında, bunların tesir ettikleri sahalara göre (ekonomik, siyasi ya da kültürel) farklı şekillerde tezahür edebilecek bir derecelendirmeye gidilebilir. Nihayetinde, değerlerin bu şekilde net bir kavramsal çerçeveye oturtulması ve muğlaklıktan kurtarılması halinde, Avrupa’nın bir değerler birliği olarak tanımlanması pekala bir Avrupa kimliğinin oluşturulmasına müsbet katkı sağlayabilir. Fakat yine de cevaplandırılması güç olan soru şudur: Avrupa kendi içerisinde bu şekilde müsbet bir kimlik tanımına kavuşmuş olsa bile, kendini belli değerler ekseninde tanımlayan bir Avrupa’nın, bu değerleri paylaşmayan diğer ülkeler ve kültürlerle ilişkisi nasıl olmalıdır?

Susanne Moser,⁶ tebliğinde Axel Honneth ve Jürgen Habermas'ın tezleri ışığında Avrupa'nın siyasi ve sosyal uyumu/entegrasyonu için değerlerin ne anlam ifade ettiğini izah etmeye çalıştı. Honneth'e göre, Avrupa Birliği'nin saçayaklarını oluşturan kapitalizmin ve demokrasinin üzerinde durduğu temel değerlerin merkezinde bir "tanınma mücadelesi" (*Kampf um Anerkennung*) yatmaktadır. Yani Avrupa Birliği, temelde insanın hakkını arama mücadelesi üzerine kuruludur. Bu anlayışa göre fert, şeref sahibidir ve şerefinin kaynağı, geleneksel toplumlardaki gibi sosyal statüsü değil, bizzat onun insan olarak varlığıdır. Her fert, toplumun diğer fertleri tarafından toplumun eşit bir üyesi olarak saygı görmelidir. Toplum düzeni, bir kısım sosyal sınıflara ayrıcalık sağlamak fikri üzerine bina edilemez! Her fert, toplumun değerli bir üyesidir ve her türlü ayrımcılık ortadan kaldırılmalıdır. Bunun için de herkesin hukuk önünde eşit haklara sahip olması gerekir. Fakat hak sahibi olmak, bencil bir şekilde, başkalarının menfaatini gözetmeksizin kendi haklarını her pahasına kullanmak manasında anlaşılmalıdır. Hak sahibi eşit bireyler olarak tanınmak, ferdin kendine saygı duymasının da bir şartıdır. Bu nedenle, eşcinsellerin ve feministlerin haklarını aramaları da önemli ve değerlidir. Bu "tanınma mücadelesi" özellikle sosyal problemlerin yoğun olarak ortaya çıkmaya başladığı dönemlerde gözlenir ve ancak müsbet bir "kimlik siyaseti" (*Identitätspolitik*) ile çözülebilir. Bu "kimlik siyaseti"nin temelinde ise, fertlerin kendi kimliklerini kendilerinin tanımlamalarına imkan sağlamak ve onlara bu kimlik nedeniyle hukuk önünde farklı muamele yapmamak fikri yatmaktadır. Bu nedenle Avrupa kimliğini tanımlarken atıf yapılacak değerler, fertleri kimlikleri nedeniyle dışlanmaya maruz bırakacak türden olmamalıdır. Habermas'a göre ise, değerlerin soyut bir kimliği tanımlamaktan ziyade, toplum hayatına yön vermek fonksiyonu da olmalıdır. Bunun için de, "kimlik siyaseti"nin yanısıra bir "iletişim siyaseti" (*Kommunikationspolitik*) de geliştirilmelidir. Yani kimliklerin ve değerlerin tek taraflı olarak hukuk ya da devlet tarafından tanınması yeterli değildir. Bilakis, toplumda fertler arasındaki ilişkilerde de bu kimlikler ve değerler birbirleri ile iletişim halinde bulunmalıdır. Zira bugün Avrupa Birliği'nin en büyük eksikliği, akademik seviyede yapılan bu değerler tartışmasının henüz halk seviyesinde tartışılmaya başlanmamış olmasıdır.

⁶ Viyana'da Axiolojik Araştırma Enstitüsü'nde (Institut für Axiologische Forschung) program yöneticisi. Tebliğinin başlığı: "Die Bedeutung der Werte für die politische und soziale Integration Europas" (Avrupa'nın Siyasi ve Sosyal Uyumu/Integrasyonu için Değerlerin Anlamı)

2. Dini Çoğulculuk ve Avrupa Kimliği

Tebliğinde İslam'ın Avrupa toplumlarına kabul edilmesinde yaşanan zorluklara ve farklı Avrupa ülkelerinin çelişkili tutumlarına vurgu yapan Tariq Ramadan'a⁷ göre İslam, Avrupa ülkelerinin kendi vatandaşlarının bir dinidir ve bir "göçmen dini" şeklinde algılanmamalıdır. Bu nedenle müslümanlara da diğer dinlere mensup vatandaşlara anayasal temel haklar ile tanınan korumanın aynısı tanınmalıdır. Din, kültür vs. önplana çıkartılarak ve mesele bir "İslam-Batı Çatışması" zaviyesinden değerlendirilerek farklı muameleler yapılmamalıdır. Toplumsal sorunlar, sürekli din ile irtibatlandırılmamalıdır. Bilakis içinde yaşanılan toplumun bir sorunu olarak algılanıp çözülmeye çalışılmalıdır. Asıl önemli olan, insanları hukuk eliyle topluma kazandırmaktan ziyade, psikolojik olarak kazandırmaya çalışmaktır. Bunun için de gerekli olan, müslümanları diğer dinlere mensup vatandaşlar ile aynı kategoride değerlendirip, sürekli olarak onların dinleri nedeniyle "farklı" olduklarına vurgu yapmaktan kaçınmaktır.

Avrupa'da dinin kamusal alanda oynayabileceği rol hakkında konuşan Enzo Pace'ye⁸ göre, Avrupa'da artık dindarlar ferdiyetçi bir anlayıştan kurtulmakta ve dinlerini kamusal alanda daha fazla temsil etme eğilimi içine girmektedirler. Bu ise, artık dinlerin kamusal alanda birbirleri ile daha sık karşılaşmalarına neden olmaktadır. Bu şekilde dinler tarafından önemli ölçüde tesir edilen kamusal alan, artık tüm din mensuplarının üzerinde anlaşabilecekleri şekilde yeniden tanımlanmalıdır. Bu tanım, dinlerin kendilerine çizdikleri sınırları aşmalarına ve birbirlerine yakınlaşmalarına yardımcı olmalıdır. Eğer dinlerin bu şekilde hep birlikte destek verebilecekleri yeni bir tanım geliştirilebilirse, bu, dinlerin aktif birer aktör olarak kamusal alandaki faaliyetlere katılmalarına ve böylece sosyal hizmetleri halka ulaştırmak noktasında devletin yükünün önemli ölçüde hafifletilmesine imkan hazırlayacaktır. Bu tarz bir tanım yapılırken, insan haklarının evrensel karakteri merkezi bir önem taşıyacaktır. Fakat insan haklarına bu şekilde merkezi bir rol biçmek ise ancak, bu hakların ortaya çıkmasına dini geleneklerin yaptıkları müsbet katkıya vurgu yapmakla mümkün olacaktır. Bunu yaparken de Hristiyan-Yahudi mirası, İslam'la bir

7 Rotterdam Üniversitesi'nde Kimlik ve Vatandaşlık profesörü. Tebliğinin başlığı: "No need to integrate Islamic communities in Europa- they already are" (Müslümanlar Avrupa'da Entegrasyona İhtiyaç Duymuyorlar:Onlar Entegra Olmuş Durumdalar).

8 Padua Üniversitesi'nde Din Sosyolojisi profesörü. Tebliğinin başlığı: "Contested Boundaries: Religious Symbols in the Public Space in Europa" (Çatışan Sınırlar: Avrupa Cumhuriyet Arenasında Dini Semboller).

zıtlık değil, karşılıklı alışveriş ilişkisi içerisinde görülmelidir. Bu nedenle de eğer Avrupa kimliği tanımlanırken, Hristiyan-Yahudi mirasına ille de atıf yapılmak isteniyorsa, bu dinlerin yanına İslam dini de eklenmelidir. Müslümanlara, kendi geleneklerine atıf yaparak insan haklarını temellendirmeleri hususunda destek verilmelidir.

Avrupa'daki dini iklimin değişmesi üzerine konuşan Silvio Ferrari'ye⁹ göre, bugün Avrupa'da din-devlet ilişkileri anlayışı yeni bir dönemden geçmektedir. Eskiden beri Avrupa'da din- devlet ilişkileri ve dini çoğulculuk, yahudi ve müslümanlardan arındırılmış, sadece Hristiyanlık'ın devletle ve kendi içindeki mezheplerle ilişkisi temel alınarak tanımlanmaktaydı. Fakat bugün Avrupa'daki dini iklimi artık bu şekilde tanımlamak mümkün değildir. Zira bir yandan kilise merkezi otoritesini kaybetmiştir, diğer yandan ise Avrupa coğrafyasında artık çok farklı dinlere mensup insanlar birarada yaşamaktadır. Bu arada Hristiyanlık'ın merkezi otoritesini kaybetmiş olması, Hristiyanlık'ın artık yaşanılmayan bir din haline geldiği yahut da ferdi vicdanlara hapsediği gibi bir yanlış anlaşılma neden olmamalıdır. Zira kilisenin merkezi iktidarını yitirmesi, fertleri kendi dindarlıklarının bir otorite tarafından himaye edilmesi ihtiyacını hissetmekten kurtarmış ve siyasi ve sosyal sahada fertler dini kaygılarını daha ziyade kendileri dillendirir olmuşlardır. Bu nedenle Avrupa'da Hristiyanlık dini aslında hala varlığını sürdürmektedir ve güçlüdür. Örneğin İtalya'da din ile siyaset artık eskisine nisbetle daha ziyade birbirleri ile içli dışlı olmaya başlamışlardır. Zira siyasi ve sosyal sahada faaliyet gösteren fertler için din, hala kimliklerinin ve toplumsal hafızalarının önemli bir unsuru hükmündedir. Dini iklimdeki bu değişiklik, din ve devlet ilişkilerindeki muhtemel üç farklı düzenleme tarzından (1. Din ve devletin kesin bir şekilde birbirlerinden ayrılığı modeli, 2. Devletin kendisini merkezi bir kilise ile tanımladığı model, 3. Din ve devletin karşılıklı işbirliği içinde buldukları model) radikal olan ilk ikisinin, daha mutedil olan üçüncü modele doğru dönüşmesine neden olmaktadır ve biz şu an bu değişim sürecini yaşamaktayız. Buna göre, geçmişte devletin kendisini ateizm ile tanımlamasından dolayı birinci modeli benimsemiş olan Rusya, bugün artık okullarda Ortodoksluk din dersleri vermektedir. Yine katı bir laiklik anlayışı sebebiyle birinci modeli benimsemiş olan Fransa, bugün müslümanları devlet seviyesinde temsil edebilecek bir muhatap aramakta ve böyle bir kurumu oluşturabilmeleri için müslümanlara destekçi olmaktadır.

⁹ Mailand Üniversitesi'nde Devlet-Kilise İlişkileri Hukuku profesörü. Tebliğinin başlığı: "The transformation of the European religious landscape: a legal perspective". (Avrupa'da Dinsel Arka Planın Değişimi: Meşru Bir Bakış Açısı).

İkinci modeli benimsemiş olan İngiltere, İsveç ve Finlandiya da bugün artık üçüncü modele doğru bir değişim süreci yaşamakta ve devlet kilisesinin sahip olduğu imkanları, diğer dinlerin de istifadesine açmaya çalışmaktadırlar. Dini iklimin değişmesi ile devlet sistemlerinin de değişime girmesi aslında bugün artık seküler ideolojinin yenilgisinin bir göstergesidir. Yeni girilen bu dönem artık dinin ve dini cemaatlerin göz ardı edilmesi ile anlaşılabilir bir nitelikte olmayacaktır. Bundan sonraki dönemde artık Avrupa modernliği kendisini sekülerlik ekseninde değil, din ve dini çoğulculuk ekseninde tanımlamak zorundadır. Artık din, ferdi alana hapsedilemeyeceğini ispatlamıştır. Bu nedenle de sekularizmin din ile olan ilişkisi tekrar gözden geçirilmeli ve dine daha geniş bir faaliyet sahası tanıyan bir sekularizm tanımı geliştirilmelidir.

3. Değerlerin Çatışma Alanı: “İnsan Hayatının Değerı”

Biyo-ahlak, ötanazi ve kürtaj konuları hakkındaki tartışmaların, temelde “insan hayatının değerı” sorusu etrafında yoğunlaşması ve bu sorunun da merkezi önemine binaen hayatın farklı cihetlerini ilgilendiriyor olması nedeniyle, bu alanda sunulan tebliğler daha ziyade ahlak, din, bilim, siyaset ve hukukun birbirleri ile nasıl bir ilişki içerisinde olmaları gerektiği sorusu üzerinde yoğunlaştı.

Ötanazi konusunda tebliğ sunan konuşmacılardan Oliver Tolmein'e¹⁰ göre, ötanazinin, insanların neden ölmek istedikleri, hastalıklara tahammül etmenin insanlardan nereye kadar beklenebileceği, kendi hayatına son verilmesini isteyen bir kimseye, başkalarının yardım etmekle mükellef tutulup tutulamayacağı gibi temel sorularla ilgili olmasından dolayı, bu sorulara cevap aramak üzere toplumda oluşturulacak bir tartışma zemini, aynı zamanda toplumun kendi kendisini tanımasına da yardımcı olacaktır. Nitekim bu sorular etrafındaki tartışmalar, toplum hayatına yön veren farklı dünya görüşlerinin, farklı değer yargılarının hangi noktalarda birbirleri ile çatışma ya da uyum halinde olduklarının da anlaşılmasına katkıda bulunacaktır. Bu şekilde oluşturulan bir tartışma zemini, kanun koyucunun toplumsal hassasiyetlerin farkına varmasında ona yardımcı olacağı gibi, yapılan kanunların toplum nazarındaki meşruiyeti hususunda da bir fikir verecek ve onu mümkün olduğunca toplumsal mutabakatı kazanabilecek düzenlemeler yapmaya sevk edecektir.

¹⁰ Hamburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde doçent. Tebliğinin başlığı: “Ein Recht auf den selbstbestimmten Tod? Der gesellschaftliche Subtext einer nicht nur medizinrechtlichen Entwicklung“. (Kişinin Kendini Öldür(t)me Hakkı var mıdır? Sadece Tıp Ahlakını İlgilendirmeyen bir Gelişmenin Toplumsal Altyapısına Dair).

Ötanazinin Belçika’da nasıl değerlendirildiğine dair konuşan Hermann Nys’in¹¹ bildirdiğine göre, bugün Belçika’da ötanaziye belirli şartlar dahilinde müsaade edilmektedir. Ayrıca bu müsaade, halk nezdinde de olumlu olarak karşılanmaktadır. Zira bugün çoğu doktorlar, hukukçular ve uzman kişiler, ötanaziyi normal bir tıbbi müdahale olarak kabul etmektedir. Genel kanaat, kişinin yaşam hakkı olduğu gibi, kendini öldür(t)me hakkı da olduğu yönündedir. Ayrıca bu kanaat, yeni yetişen nesil tarafından da büyük ölçüde benimsenmektedir. Nys’a göre, her ne kadar ötanaziye kanunla müsaade ediliyor ve halkın hassasiyetleri ve kanuni düzenlemeler arasında bir uyum gözleniyorsa da, aslında meselenin henüz çözüme kavuşturulamayan bir çok yönü vardır. Bu meyanda çözüme kavuşturulmayı bekleyen sorular şunlardır: Acaba hastaya, kendisine ötanazi yapılmasını, yani ölümüne yardımcı olunmasını talep hakkı verilirse, hastaneler ve hastane personeli yardım etmekle, gerekli şartları oluşturmakla mükellef kılınabilir mi? Yardım etmeyi reddeden şahıslara karşı, hukuken herhangi bir müeyyide uygulanabilir mi? Eğer uygulanabilirse, dini veya dünya görüşü nedeniyle yardım etmeyi reddeden bir kişinin din ve vicdan hürriyeti nasıl korunabilir?

Stanislav Rizman’ın¹² belirttiğine göre, Belçika’dakinin aksine, Çek Cumhuriyeti’nde ötanazi dini gerekçelerle kesinlikle yasaktır. Bu nedenle de, üye devletlerin farklı ahlak telakkilerinin nasıl birbirleri ile uyumlulaştırılabileceği sorusu Avrupa Birliği içinde merkezi bir sorun teşkil etmektedir. Avrupa Birliği, hukuki çeşitliliği muhafaza mı etmelidir, yoksa üye devletlerin toplumsal değerlerindeki farklılıkları göz ardı ederek, tüm Avrupa Birliği çapında temel hakların yeknesak bir tatbikatını mi hedeflemelidir? Rizman’a göre, Belçika ve Çek Cumhuriyeti örneklerinde görüldüğü gibi, toplumsal hassasiyetlerin farklı olması nedeniyle getirilen kanuni düzenlemeler serbestiyet ile yasaklık arasında çok geniş bir yelpazede hareket etmektedir ve bunları tek bir çözüm üzerinde birleştirmek oldukça güçtür. Bu nedenle de, Avrupa Birliği hukuki çeşitliliğini muhafaza etmelidir. Zira bu çeşitlilik, üye devletlere, farklı ülkelerin düzenleme tarzları ve toplumsal tecrübeleri ile mukayeseler yapmak imkanını sunmakta ve bu suretle, kendi düzenlemelerini yapmak istediklerinde hareket

¹¹ Leuven Üniversitesi’nde Hukuk Ahlakı profesörü. Tebliğinin başlığı: “Is the law on euthanasia putting human rights under pressure? The Belgian experiment.” (Hukuk Bir İnsan Hakkı Olarak Kurulmak İstenen Ötanazinin Baskısı Altında mıdır:Belçika Örneği).

¹² Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Üyesi. Tebliğinin başlığı: “Euthanasie-Problem der Spannung zwischen Medizin, Ethik und Recht.” (Tıp, Ahlak ve Hukuk Arasında Gerilime Neden Olan bir Sorun: Ötanazi)

edebilecekleri çerçeveye dair önemli bir fikir vermektedir. Lakin serbestiyet ve yasaklık arasındaki yelpazenin genişliği göz önünde bulundurulduğunda, temel hakların sağladığı korumanın kapsamının tayininde herhalükarda riayet edilmesi gereken evrensel sınırların tespit edilmesinin gerekliliği de ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle de, insan haklarının korunmasında riayet edilmesi gereken evrensel çerçevenin ne olduğu ve bunun, üye devletlerin kendi toplumsal hassasiyetlerini gerekçe göstererek insan hakları hususunda farklı düzenlemelerde bulunmalarına ne derece imkan tanıdığı sorusu, gelecekte Avrupa Birliği'nin yüzleşmesi gereken en önemli meselelerden birisini teşkil etmektedir.

Almanya'nın Freiburg şehrindeki Max-Planck Uluslararası Ceza Hukuku Enstitüsü direktörle-rinden Albin Eser,¹³ "kürtaj yaptırma"ın farklı ülkelerde nasıl düzenlendiğine dair enstitü bünyesinde yaptıkları ve 22 ülkenin kanuni düzenlemelerini inceleyen araştırmalarının neticesinde vardıkları temel kanaatleri aktardı. Buna göre, getirilen kanuni düzenlemeler tek başlarına kürtaja mani olmakta yeterli olmamaktadır. Zira kanunların günlük hayata ne derece tesir edebilecekleri, ferdi ve toplumsal ahlakla doğrudan alakalıdır. Nitekim kürtaj meselesini en sert bir şekilde düzenleyen Almanya ve Fransa'da çocuk aldırma oranları, bu meseleyi en serbest şekilde düzenleyen Hollanda'ya nisbetle daha yüksektir. Bu da göstermektedir ki, hukuki düzenlemeler yapılırken, toplumun ahlaki eğilimleri ile uyum sağlanmaya çalışılmalıdır. Aksi halde kanunlar, toplumun gerçekliğini yansıtmaktan uzak metinler haline gelmektedir. Ayrıca, hamile olan kişinin ruh hali ve ahlaki değerleri önceden, soyut bir şekilde kanunkoyucu tarafından öngörülemeyeceğinden dolayı, hukuk yapılırken, hukuk ile toplum ve fertler arasındaki irtibatı sağlamaya yarayacak müesseseler oluşturulmaya çalışılmalıdır. Yani, kürtaj yaptırmaya dair alınacak kararı tek başına doktorun tavsiyesine ya da hamile olan kişinin rızasına tabi kılmak ya da hiçbir istisnai düzenleme getirilmeden yasaklamak yeterli bir çözüm değildir. Bilakis, çocuk aldırma kararının alınmasından önceki safhada kişilere ulaşılmaya, onlara psikolojik ve manevi danışmanlık hizmeti sunulmaya çalışılmalıdır. Devlet, bu hizmeti veren müesseseler oluşturmalı ve bu müesseseleri karar alma sürecine dahil etmelidir. Ancak böylece, verecekleri kararın müsbet ve menfi yönlerini etraflıca düşünmelerine ve onların kararlarına tesir eden faktörlerin (toplumsal baskı, geçim endişesi, annelik

¹³ Tebliğinin başlığı: "Schwangerschaftsabbruch zwischen Lebensschutz und Selbstbestimmung. Rechtspolitische Erkenntnisse aus einem internationalen Rechtsvergleich" (Hayatın Korunması ve Kendi Kaderini Tayin İlkeleri Arasında Kürtaj. Uluslararası bir Hukuk Mukayesesinden Edinilen Hukuk Siyasetine Dair Kanaatler)

bilincinin henüz oluşmamış olması vs.) farkına varmalarına yardım edildiği takdirde kişilerin bilinçli bir karar verdiklerinden ve bu nedenle de hukuki düzenlemelerin muhatapları haline geldiklerinden söz edilebilir.

III.Sonuç

Neticede bugün Avrupa, kendi içinde bulunduğu değişim sürecinin ve bu sürecin getirdiği yeni meydan okumaların farkındadır ve bilinçli bir şekilde bu süreci analiz etmeye ve bir gelecek perspektifi oluşturmaya çalışmaktadır. Nitekim biyo-ahlak ve ötenazi gibi aslına bakıldığında toplumun çok az bir kesimini doğrudan ilgilendiren meseleler, bunların temelde ilgili olduğu “insan hayatının değeri”, bilim-hukuk-siyaset-ekonomi-din-ahlak ilişkileri soruları ile irtibatlandırılarak bir kimlik meselesi haline getirilmekte ve daha geniş bir toplumsal düzleme oturtulmaya çalışılmaktadır. Dini ve kültürel çoğulculuk, dinlerin kamusal alandaki faaliyetlerini arttırmaya başlamaları, değişen dindarlık anlayışları gibi toplumun geniş kesimlerini doğrudan etkileyen hadiseler ise, din-devlet ilişkisi, vatandaşlık, kamusal alan vs. gibi temel paradigmalardan yeniden gözden geçirilmesine ve hatta devletlerin yerleşik sistemlerinde yeni düzenlemeler yapmalarına neden olmaktadır. Avrupa, bir yandan büyük ölçekte üye devletler arasında, diğer yandan da küçük ölçekte farklı bilimsel disiplinlere mensup bilim adamları arasında etkin bir iletişim ağı kurarak, farklı tecrübelerin müşterek bir platformda paylaşılmasına ve karşılıklı etkileşimin arttırılmasına gayret etmektedir. Değerler ve Avrupa kimliği üzerinde yürütülen bu tartışmaların yoğunluğu ve ulaştığı hacim göz önünde bulundurulduğunda, müstakil olarak kendi kimlik ve değerlerini teşhis edip bu büyük platformda ifade edebilmek, üye devletler için önemli bir meydan okuma teşkil etmektedir. Bu bağlamda da üzerinde durulması gereken en temel soru, evrensel ve yerel değerler arasındaki gerilimin nasıl aşılabileceği sorusudur. Acaba Avrupa kimliğinin evrensel değerler etrafında tanımlanması halinde, üye devletlerin yerel değerleri hangi faaliyetleri ne derece meşrulaştırabilecektir? Tabiidir ki bu gerilimin aşılmasında, ne yerel değerleri tamamen göz ardı eden evrenselci bir yaklaşım, ne de değerlerin yerelliğine aşırı vurgu ile her türlü müşterek/evrensel değer arayışını “kültür emperyalizmi” ya da “Avrupa merkezilik” ithamı ile değersizleştirmeye çalışan bir yaklaşım uzun vadede yapıcı bir strateji geliştiremeyecektir.

Özel Hukuk

İŞVERENİN ÜCRET ÖDEME BORCUNU İSPAT VASITALARI (YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİNİN BİR KARARI ÇERÇEVESİNDE)

*Doç. Dr. Murat ŞEN**

I. GİRİŞ

Ücret iktisadi bir kavram olarak iktisat bilimi tarafından incelenirken; hukuki bir kavram olarak da hukuk bilimi tarafından ele alınmaktadır. Hukuk bilimi ücreti, özellikle iş sözleşmesinin zorunlu unsuru olması¹ (İş K.m.9), devlet müdahalesinin bulunması ve toplu iş sözleşmeleri yolu ile korunması açılarından ayrıca incelemektedir.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi, www.muratsen.org; murat@muratsen.org; muratsen@erciyes.edu.tr

¹ İş K.m.32'de "Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar" olarak tanımlanmış olup ücretin bir iş karşılığında ve para ile ödenmesi gerektiği vurgulanmıştır. İş Kanunlarında yer alan ve görülen işin karşılığı olarak ödenen asıl ücrete *dar anlamda ücret*, asıl ücretten ayrı olarak, belirli tazminatların hesaplanmasında veya işin sona ermesi hallerinde yapılan diğer ödemelerde esas alınan ücrete ise *geniş anlamda ücret* denilmektedir. İşçinin asıl ücreti dışında kalan ücret eklerinin bir kısmının para yerine aynı olarak ödenmesi mümkündür. Uygulamada iş karşılığı ödenen ücrete *asıl ücret veya çıplak ücret* denilmekte, ücretle birlikte ödenen çocuk ve aile paraları ile ikramiye, prim, yemek, yakacak ve giyim gibi yardımlara *ücret ekleri* ve bunların toplamına da *giydirilmiş ücret* adı verilmektedir. Ücretin, vergi, sigorta primi gibi yasal kesintiler yapılmadan hesaplanan tutarına *brüt ücret*, bu kesintiler yapıldıktan sonra işçinin eline geçen tutara da *net ücret* denilmektedir. Bkz. Nuri **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, 21. B., İstanbul 2008, s. 137-139; Sarper **Süzek**, İş Hukuku, 4. B., İstanbul 2008, s. 211 vd, 307 vd.; Ünal **Narmanlıoğlu**, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 3. B., İzmir 1998, s. 215; Ercan **Akyiğit**, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. B., C. II, Ankara 2008, s. 1477; Faruk **Andaç**, İş Hukuku (Türk Çalışma Hukuku Uygulaması), 2. B., Ankara 2008, s. 107 vd; Haluk Hadi **Sümer**, İş Hukuku, 14. B., Konya 2008, s. 72; Şahin **Çil**, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2004, s. 705-706.

4857 sayılı İş Kanunu'nun² üçüncü bölümü ücret konusuna tahsis edilmiş; devlet, yasayla, ücretin korunması amacıyla emredici hukuk kuralları koymuş, işverenin bu temel borcuna işçi yararına geniş bir biçimde müdahale etmiştir. Buna rağmen, ücretin (ya da ücret eklerinin) ödendiğinin ispatlanması, pek çok uyuşmazlığın konusunu oluşturma gelmiştir. Bu tür uyuşmazlıklarda işçi ücret alacağına hak kazandığını fakat ücret alacağını almadığını; işveren ise, ücreti ödediğini ileri sürmektedir. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan bu tür bir sorun karşısında, ispat yükünün kime düştüğü ve bu yükümü hangi vasıtalarla yerine getirebileceği hususu önem taşımaktadır.

Hemen belirtmek gerekirse, işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan en temel borcu ücret ödeme borcu olduğu için, bu borcun yerine getirildiğini işverenin ispat etmesi gerekli görülmüş; işçinin ise sadece ücret almadığını ileri sürmesi yeterli görülerek, ücret almadığını ispat etmesi aranmamıştır. Bu durumda işverenin üzerinde olan ücret (veya eklerini) ödediğini ispat yükününün hangi vasıtalarla (araçlarla) yerine getirilebileceğinin tespit edilmesi gerekir. İşverenin bu borcu yerine getirdiğini (ücret ödediğini), makbuz, ücret hesap pusulası, ücret bordrosu, ücret tediye bordrosu, bankadan yaptığı ödeme kayıtları ile ispat etmesi mümkün olup, kesin delil niteliği taşıyan yemin deliliyle de bu iddiasını ispatlayabilmesine imkan tanınmıştır. Ancak, takdiri delil olarak kabul edilen tanık yoluyla bu borcun ifa edildiğinin ispatlanması ise kural olarak mümkün görülmemiştir.

Bu çalışmada Yargıtay'ın yeni tarihli bir kararı çerçevesinde işverenin ücret ödediğini hangi vasıtalarla ispat edebileceği hususu ele alınacaktır.

II. YARGITAY KARARI

Özü: Ücret bordrolarının tamamının imzalanmadığı hallerde, ücretin ve diğer alacakların ödendiğini ispat yükü kendisinde olan işverenin yemin teklifinde bulunmasına imkan sağlanmalıdır. İhtarname ile temerrüdün gerçekleştiği hallerde dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi hatalıdır.

Dava: *Taraflar arasındaki, ihbar ve kıdem tazminatı, fazla çalışma, tatil çalışmaları karşılığı ücret ile ücret alacağının ödenmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde temyizen incelenmesi taraflar avukatınca istenilmesi ve davalı avukatınca da duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 25.03.2008 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına kimse gelmedi. Karşı taraf adına Avukat C.A. geldi. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avuka-*

² RG, 10.06.2003, S. 25134.

tın sözlü açıklaması dinlendi. Duruşmaya son verilerek Tetkik Hakimi B.K. tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi. Gereği konuşulup düşünüldü:

Karar: 1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Fazla çalışma yapıldığını, genel, resmi ve bayram tatillerinde çalıştığını işçinin, karşı iddiayı ve özellikle ücreti ödendiğini ise işverenin katılması gerekir. İlke olarak işçi fazla çalışma yaptığını veya tatillerde çalıştığını tanıkla kanıtlayabilir. Fazla mesainin ve tatil çalışmalarının ispatlanmasında tanık beyanları, ücret ve fazla mesai bordrolarında fazla mesai ve tatil sütununun bulunması, işçinin fazla mesai ödemesi bulunan bordroları çekincesiz imzalaması, işin ve işçinin niteliği, mevsim gereği gibi unsurlar ve kanıtlar önem içerir. Bordrolarda fazla çalışma ve tatil sütunu bulunduğu halde bu sütunun boş bırakılmış olması, işçinin fazla çalışma yapmadığının kanıtı olarak kabul edilemez. Üzerinde fazla çalışma ve tatil sütunu bulunan ve ayın bazı günleri fazla çalışma yapıldığı, tatilde çalışıldığı öngörülen bordroları ihtirazi kayıt koymadan imzalayan işçi, bordrolarda fazla mesai ve tatil ücreti ödemesi görüldüğünden, bordro düzenlenen aylar için sonradan fazla çalışma ve tatil ücreti talep edemez. Keza bordrolarda davacı imzası olmasa bile, ücret banka hesabına yatırılarak ödeniyorsa tatil ücretleri ödemelerinin de dikkate alınması gerekir. Ancak fazla mesai yapıldığına veya tatilde çalıştığına dair kayıt ve bu kayda göre eksik ödeme söz konusu ise, o zaman işçi aradaki farkı isteyebilecektir.

Taraflar arasında ücret karşılığında çalışmayı kabul ettiği, ücretin avans ve Türkiye’de açılacak hesaba yatırılarak ödeneceğinin kararlaştırıldığı, davacı ücretinin eşi adına açtırılan hesaba yatırıldığı, bordoların düzenlendiği, bordrolarda alınan avans ve banka hesabına yatırılan miktarların ayrı ayrı gösterildiği, bazı bordroların davacının imzasını taşıdığı, keza bordrolarda bazı aylarda fazla mesai veya Pazar çalışmaları karşılığı ücretin gösterildiği anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporlarında sadece davacı imzasını taşıyan bordrolardaki fazla mesai ve Pazar çalışmalarını gösteren aylar için hesaplama yapılmamıştır. Oysa bordroların büyük çoğunluğu davacı imzasını taşımasa da ücretin, hesap açan davacı eşinin banka hesabına yatırıldığı savunulmaktadır. Getirilen banka hesap özetinde işverence yapılan ödemeler görünmektedir. Bu nedenle bordroların banka hesap özeti ile karşılaştırılması, davacı imzasını taşımasa dahi, ödeme yapılan aylar için fazla mesai ve tatil ücretinin hesaplanmaması gerekir.

3. Dava açıldıktan sonra, davalı işveren davacının eşi adına açılan be-

lirtilen hesaba 27.01.2006 tarihinde iki işleme toplam 1.176,00 USD ve 15.03.2006 tarihinde de 1.413,00 USD yatırdığı anlaşılmaktadır. Davalı işveren 15.03.2006 tarihinde yatırılan 1.413,00 USD miktarından 1.200,00 USD'lik kısmın ihbar tazminatı, kalan kısmın ise ödenen avans dışında bakiye ücret olduğunu savunmuştur. Davacı eşinin banka hesap kayıtları yeterli incelenmediği için, yargılama sırasında yatırılan bu miktarların ücret mi yoksa ihbar tazminatı mı olduğu açıklığa kavuşturulmuş değildir.

4. Diğer taraftan davalı vekili, cevap dilekçesinde her türlü delile dayanmıştır. Bu deliller içinde yeminin de değerlendirilmesi gerekir.

Medeni Usul Hukukumuzda yemin delili kesin delil niteliğinde olup; uygulama ve öğretide iki başlık halinde ele alınmaktadır. Bunlardan birisi taraf yemin (kesin yemin), diğeri de resen yemin (hakimin teklif ettiği tamamlayıcı yemin) dir.

Kesin yemin, ispat yükü kendisine düşen tarafın davanın halline etkili bir vakıanın ispatı için diğer tarafa teklif ettiği yemin olup, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 344 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Yemin teklif edecek taraf, ispat yükü kendisine düşen fakat iddiasını veya savunmasını ispat edememiş olan taraftır.

Hakimin teklif ettiği tamamlayıcı yemin ise 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 356. maddesinde düzenlenmiş olup; maddede yer alan "iddia olunan hususun kesin delillere ispat edilememiş olması" ve "iddia olunan hususun ispatı için gösterilen delillerin hüküm verilebilecek derecede hakimi ikna edememesi" koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Yine, Aynı Kanununun 195 ve devamı maddelerinde esasa cevap düzenlenmiş olup; davalının varsa karşı delillerini bildirmesi gereği, 200. maddede 179. ve 180. maddelere atıfla açıkça belirtmiştir.

Yeri gelmişken belirtmelidir ki, mahkemece yemin teklif etme hakkının hatırlatılması ancak ispat yükü kendisine düşen tarafın yemin deliline başvuru hakkının varlığı ile mümkündür. Yasal olarak kullanılma hakkı bulunmayan bir hakkın varlığının mahkemece hatırlatılması da düşünülemez. Yemin deliline dayanılabilmesi de ancak, ya tarafların delil listelerinde açıkça bu delile dayanmaları veya davacının dava dilekçesinde, davalının da cevap dilekçesinde yemin deliline dayanmaları veya uygulamada kabul edildiği şekliyle sair deliller ifadesine yer verilmeleri ile olanaklıdır. (Hukuk Genel Kurulu 24.01.2007, 2007/3-29 E, 2007/19 K.)

Tüzel kişilerin taraf olduğu davalarda tüzel kişiye teklif edilen yemin, tüzel kişinin yetkili organı tarafından eda edilir. Bu temsilci, yemin konusu işlemin yapıldığı tarihteki değil, yemin teklif edildiği zamandaki temsilcidir.

Ayrıca birlikte temsil söz konusu olduğu takdirde yeminin bağlayıcı olabilmesi için birlikte temsile yetkili kişilerin tamamının da yemin etmesi zorunludur.

İspat külfeti kendisinde olmayan tarafın karşı tarafa yönelttiği yemin hukuki sonuç doğurmaz.

Somut olayda; davalı işveren davacıya ücretlerinin avans ve eşinin açtığı banka hesabına yatırılmak sureti ile ödendiğini savunmuş ve bu konuda çoğunluğu davacı imzasını taşımayan bordro ve ücret ödemelerinin tamamını gösteren icmal tahakkuk bordrosu sunmuştur. Bu bordoların banka hesap hareketleri ile karşılaştırılmasından sonra kesin sonuca ulaşamadığı takdirde, tamamlayıcı yemin deliline başvurulması yerinde olacaktır. Mahkemece bu olgunun dikkate alınmaması da hatahdır.

5. Davacı vekilinin, davalı işvereni 29.12.2005 tarihinde tebliğ edilen ihtarname ile 06.01.2006 tarihinde temerrüde düşürdüğü anlaşıldığından, kıdem tazminatı dışında kalan ihbar tazminatı ve işçilik alacaklarına bu tarih yerine, dava ve islah tarihinden itibaren yasal faiz uygulamasına karar verilmesi de ayrı bir bozma nedenidir.

Sonuç: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, davacı yararına takdir edilen 550 YTL. duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.03.2008 gününde oybirliği ile karar verildi³.

III. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Somut olay, ücret ve eklerinin ödendiğinin hangi vasıtalarla ispat edileceğine ilişkindir. Söz konusu karar, fazla çalışma yapılması ve bunun bordrolardaki fazla çalışma sütunlarında gösterilmesi halinde fazla çalışma ücretine hak kazanılamayacağı; işçiye ödenecek ücretin banka hesabına yatırılarak ödenmesi halinde, bordrolarda işçinin imzasının bulunmasının şart olmadığı, banka hesap kayıtlarıyla icmal tahakkuk bordrolarının karşılaştırılarak bir sonuca gidilmesi ve davalı işverenin cevap dilekçesinde her türlü delile dayanması durumunda, yemin delilinin de değerlendirilmesi gerektiği konusundadır.

Karardan anlaşıldığı kadarıyla, **yerel mahkeme,** yurt dışında çalışan fakat ücreti Türkiye’de eşi adına açılmış bir banka hesabına ödenen işçinin, fazla çalışma ve tazminat alacaklarının ödetilmesi davasında, bankadan yapılan ödemelerde de bordroların imzalı olmasını aramış; bordrolar imzalı de-

³ **Y9HD.**, 25.03.2008, E. 2007/36267, K. 2008/6379, İşveren Dergisi, Yargıtay Kararları Özel Eki, Haziran 2008, s. 15-17.

ğilse, banka kayıtlarını dikkate almaksızın fazla çalışma ve tatil ücreti ile tazminat alacaklarına hükmetmiştir.

Yüksek mahkeme ise, bordrolarda fazla çalışma sütununun bulunması halinde, bunun dışında fazla çalışma yapıldığı iddiasının dinlenmemesi gerektiği ile ücretin banka hesabına yatırılarak ödenmesi halinde, bunun geçerli olduğu ve imza atılan bordrolarla eşdeğer bir sonuç doğurduğuna vurgu yapmış; bu durumda banka kayıtlarına göre eksik ödeme varsa ancak o zaman fark alacaklarının istenebileceğini belirterek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Yüksek mahkemenin bozma kararında üzerinde durduğu diğer bir önemli nokta da, davalı işverenin cevap dilekçesinde her türlü delile dayanması halinde yemin delilinin de değerlendirilmesi gerektiğidir.

Burada, uyuşmazlık konusu olay ile ilgili olarak, işverenin ücret ödediğini hangi vasıtalarla ispat edebileceği konusu ele alınacak ve söz konusu Yargıtay kararının bir değerlendirilmesi yapılacaktır.

A. GENEL OLARAK

Bilindiği üzere, dava konusu bir hakkın ve buna karşı yapılacak savunmanın dayandırılacağı vakıaların var olup var olmadıkları konusunda, mahkemeye kanaat verilmesi işlemine, “**ispat**”⁴; ispat için başvuru vasıtalarına da **delil (kanıt)** adı verilir⁵. İşverenin ücret ödeme borcu açısından, ispat işlemi ve deliller ayrı bir önem taşımaktadır. Bu nedenle önce ücret konusunda ispat yükünün kime ait olduğu, sonra ise hangi delillerle bu borcun ispatlanabileceği üzerinde durulacaktır.

B. ÜCRET ÖDEME BORCUNDA İSPAT YÜKÜ

Ücret ödendiğinin ispatında, işçinin tek geçim kaynağı olması nedeniyle daha çok işçinin korunması ön planda tutulmuştur. Ücret ödendiğinin belgelenmesi, işçi açısından, ücretin ayrıntılarının öğrenilmesi, yani vergi, sigorta primi ve ceza gibi kesintiler ile varsa artışlarının bilinmesi yönlerinden önemli olduğu gibi; işveren bakımından da kendisini güvende hissetmesi, ileride çıkabilecek uyuşmazlıklara karşı elinde bir makbuz, ücret hesap pusulası, bordro veya ibraname gibi belge bulundurması yönleriyle bir kolaylık sağlamaktadır. Diğer taraftan, ücret ödendiğine ilişkin belgeler, çalışma ha-

4 Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 4. B., İstanbul 1989, s. 507; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 1989, s. 247; Tankut Centel, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, s. 384.

5 HUMK.m.238/I, delili, “*davanın halline tesir edebilecek münazaalı hususların ispatı için başvuru vasıtalarıdır*” şeklinde tanımlamıştır. Ayrıca bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 247.

yatında kayıt dışılığı da önleme etkisi göstermektedir⁶. Yargıtay yeni tarihli bir kararında sözü edilen bu hususlara vurgu yapmakta ve "...Kural olarak ücretin miktarı ve ekleri gibi konularda ispat yükü işçidedir. Ancak bu noktada, 4857 sayılı İş Kanununun 8 ve 37. maddelerinin işverene bu konuda bazı yükümlülükler de göz ardı edilmemelidir. Bahsi geçen kurallar, iş sözleşmesinin taraflarının ispat yükümüne yardımcı nitelikte olduğu gibi, **çalışma yaşamındaki kayıt dışılığı önlenmesi amacına da hizmet etmektedir. Bu yönde belgenin verilmiş olması ispat açısından işveren lehine olmakla birlikte, belgenin düzenlenerek işçiye verilmemiş oluşu, işçinin ücret, sigorta primi, çalışma koşulları ve benzeri konularda yasal güvencelerini zedeleyebilecek durumdadır. Çalışma belgesi ile ücret hesap pusulasının düzenlenerek işçiye verilmiş olması, iş yargısını ağırlıklı olarak meşgul eden, işe giriş tarihi, ücret, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlenmesi bakımından da önemli kolaylıklar sağlayacaktır. Bu bakımdan ücretin ispatı noktasında taraflar delillerinin değerlendirilmesi sırasında, işverence düzenlenmesi gereken bu tür belgelerin düzenlenmiş olup olmamasının da gözeteilmesi gerekir..."⁷ demektedir.**

İşçinin ücret alacağına yönelik taleplerine karşı, işveren, ücreti ödediğini ileri sürerek kendini savunabilir. Bu durumda, işçi ücretin ödenmediğini, işveren ise ücreti ödediğini ileri sürecektir. İşverenin ücreti ödediğine ilişkin savunması itiraz niteliğinde olup yargılamanın her safhasında ileri sürülebilir: "Ödeme savunması itiraz mahiyetinde olup, yargılamanın her safhasında ileri sürülebilir. Davalı tarafından temyiz sırasında ibraz edilen ödeme belgeleri değerlendirilip tarafların bu konuda delilleri toplandıktan sonra karar verilebilmesi için karar bozulmalıdır."⁸ Bu savlarda, ispat yükünün kime ait olduğu ve ispat vasıtalarının (araçlarının) neler olabileceğinin tespit edilmesi son derece önemlidir.

1. Kural: Ücretin Ödendiğini İspat Yükünün İşverene Ait Olması

Ücret ödenmediğine ilişkin davalarda genel ispat yüküne ilişkin kural dikkate alınacak olursa, davacı olan işçinin davasını dayandırdığı vakıaları ispat etmesi gerekir. Gerçekten, 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun⁹ "İspat yükü" başlıklı 6. maddesine göre "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olgula-

⁶ Centel, s. 386-387.

⁷ Y9HD., 14.04.2008, E. 2007/15642, K. 2008/8367, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgisayar Programı.

⁸ Y9HD., 04.06.1997, E.1997/7563, K. 1997/10888, Sinerji.

⁹ RG., 08.12.2001, S. 24607.

rın varlığını ispatla yükümlüdür”. İspat külfeti belirlenirken, yapılacak ispatın ancak bir şeyin varlığına işaret etmesi de dikkate alınmakta; bir şeyin olmadığına, bulunmadığına, gerçekleşmediğine yönelik ispat iddia sahibinden beklenmemektedir¹⁰. Bu nedenle, ücret borcuna ilişkin bu gibi durumlarda, ispat yükü yer değiştirmekte ve ücret ödeme borcu altında bulunan işverenin, ödeme yaptığını ispat etmesi (kanıtlaması) aranmaktadır. Başka bir ifadeyle, ücret almadığını ileri süren işçinin ücret almadığını değil, işverenin, ücret ödeme borcu altında olduğu için, ücret ödediğini (borcun sona ermesi sonucunu doğuran bu olayı) ispat etmesi gerekmektedir¹¹. Bu açıdan bakıldığında söz konusu durumun, Türk Medeni Kanunundaki “...*tarafardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*”¹² şeklinde ifade edilen genel ispat yükü kuralına uygun olduğu görülmektedir¹². İş Kanunu’nun “Ücret hesap pusulası” kenar başlıklı 37. Maddesindeki düzenleme de bu amaca matuftur: “*İşveren işyerinde veya bankaya yaptığı ödemelerde işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusula vermek zorundadır. Bu pusulada ödemelerin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit eklemeler tutarının ve vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi her çeşit kesintilerin ayrı ayrı gösterilmesi gerekir. Bu işlemler damga vergisi ve her çeşit resim ve harçtan muaftır*”. Şu halde, ücret ödeme borcunu kural olarak işverenin ispatlaması gerekir. İşverenin, ücret ödeme borcunu yerine getirmiş sayılabilmesi için, sadece ücret edimini yerine getirdiğini değil, bunun yanı sıra ücret ödeme borcuna uygun bir şekilde ve ödeme amacıyla hareket ettiğini de ispat etmesi gerekir¹³. Yargıtay da müstakar içtihatlarında ücretin ödendiğini işverenin ispatlaması gerektiğini vurgulamaktadır¹⁴. Belirtelim

¹⁰ Öcal Kemal Evren, İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması, Ankara 2007, s. 113.

¹¹ Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 2. B., Ankara 2005, s. 399; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 5. B., İstanbul 2008, s. 119; Akyiğit, s. 1492; Kenan Tunçomağ, İş Hukuku, C. I, 3. B., İstanbul 1984, s. 226, 232-233; Centel, s. 387; Ergun İnce, Her Yönüyle Ücret, 1. B., İstanbul 1990, s. 224; Evren, s. 113; Y9HD., 11.10.2003, E. 2003/6330, K. 2003/18969, Çil, s. 756; Çil, s. 711; Sümer, s. 79; Ercan Güven/Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku, 2. B., Eskişehir 2007, s. 105; Y9HD., 03.11.1972, 6107/30506, Tunçomağ, s. 233.

¹² İnce, s. 224.

¹³ Tunçomağ/Centel, s. 119; Centel, s. 387; Tunçomağ, s. 232; Süzek, s. 326.

¹⁴ Y9HD., 01.06.1989, E. 89/2728, K. 89/5091, İnce, s. 224; Y9HD., 13.04.1990, E. 990/1590, K. 990/4963, Tekstil İşveren Dergisi, Kasım 1990, s. 16-17; Y9HD., 22.06.1993, E. 1993/15087, K. 1993/10838, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak-Şubat 1994;

ki, ücretin ödendiğini ispat yükü işverende olmakla beraber, ücret alacağının varlığını, çalışma olgusunu ve ücretin miktarının ispat yükü, genel kural gereği, işçiye aittir¹⁵.

2. İstisna: Ücretin Ödendiğini İşçinin İspat Etmesi Gereken Haller

Kural olarak işverene düşen ücrete ilişkin ispat yükü, bazı durumlarda yer değiştirir ve işçiye geçer. *Bu durumlardan ilki*, ihtirazi kayıt (çekince) öne sürmeksizin ücreti kabul eden işçinin, sonradan ücretin gereken miktardan az veya farklı ödendiğini ileri sürmesi halidir. Bu gibi durumlarda ispat yükü yer değiştirir ve işçinin bunu ispat etmesi gerekir. Böyle bir durum, hakkaniyet kuralının da gereğidir ve önce ücreti kabul eden fakat sonradan bunun taahhüde uygun olmadığını ileri süren işçinin, bu durumu ispat etmesi gerekir. Kaldı ki, bu gibi durumlarda ihtirazi kayıt koymaksızın bordronun imzalanması halinde, yapılan ücret ödemesinin ifa yerine kabul edildiği veya eksik olan ödemeye icazet verildiği de düşünülebilir¹⁶. *İkincisi ise*, işverenin ücret ödeme borcunu yerine getirdiğine ilişkin belgeler sunması halinde, aksi durumu yani ücretin ödenmediğini işçinin ispat etmesidir. Başka bir söyleyişle işveren, ödeme yaptığını herhangi bir belge ile kanıtlayabilecek durumda ise, ücretin ödenmediğini işçinin ispatlanması gerekir¹⁷.

Ücretin ödenmesinde ispat yüküne ilişkin belirtilen bu esaslara, Yargıtay uygulamasında da aynı şekilde yer verildiği görülmektedir. Nitekim, Yargıtay bir kararında, **“işçinin ücretinin ödendiğinin bordro veya yazılı bir belge ile ispatı işverene aittir. Davacı 20 günlük ücretinin ödenmediğini ileri sürmüş, davalı işveren bu ücretin ödendiğine dair herhangi bir belge ibraz etmemiştir. Bu nedenle davacının ücret alacağının reddedilmesi isabetsizdir. Mahkemece yapılacak iş; dosyada mevcut davacı alacaklarının hesaplandığı bilirkişi raporu değerlendirmeye tabi tutulmalı ve oluşacak sonuca göre davacı talepleri hakkında bir karar verilmelidir.”**¹⁸ gerekçeleriyle işçinin

Y9HD., 17.10.1995, E. 1995/21361, K. 1995/31703, Yargıtay Kararlar Dergisi, Ocak 1996, s. 35; **Y9HD.**, 14.09.2000, E. 2000/7291, K. 2000/11615, Çimento İşveren Dergisi, Kasım 2000, s. 28; **Y9HD.**, 01.06.2006, E. 2005/36947, K. 2006/5997, Çalışma ve Toplum, 2006/4, s. 247-248.

¹⁵ **Mollamahmutoglu**, s. 399; **Süzek**, s. 326; **Y9HD.**, 12.06.2006, 38081/16738, Legal İHD, S. 12, s. 1510-1511; **Y9HD.**, 22.12.1997, E. 1997/17344, K. 1997/21884, **Çil**, s. 801.

¹⁶ **Tunçomağ/Centel**, s. 119; **İnce**, s. 224; **Centel**, s. 387-388; **Tunçomağ**, s. 232; **Akyiğit**, s. 1493.

¹⁷ **Tunçomağ**, s. 232-233; **Centel**, s. 388; **İnce**, s. 224; **Tunçomağ/Centel**, s. 119-120.

¹⁸ **Y9HD.**, 28.04.2005, E. 2004/26059, K. 2005/14823, **Kazancı** Mevzuat ve İçtihat Bilgisayar Programı. Aynı yönde bkz. **Y9HD.**, 30.03.1981, 1758/4003, **Centel**, s. 388;

ödenmeyen ücretinin tahsiline ilişkin davasında işverenin ücret ödemediğini ispat etmek zorunda olduğunu belirtmiş, kural olarak ücret ödeme borcunu yerine getirdiğini ileri süren işverenin, bu ödeme olayını ispatla yükümlü bulunduğu sonucuna ulaşmıştır. Aynı zamanda işverenin ücreti eksiksiz olarak ödendiğini de ispatlaması gerekir: “...*Uyuşmazlığın bir karara bağlanabilmesi için davacının ücretinin tam olarak ödenip ödenmediğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Bunun için de ücret bordroları ve diğer belgelerin davalı işverenden getirilmesi ve ödemelerin eksiksiz yapılıp yapılmadığının anlaşılması gerekir. Bu konuda ispat külfetinin işverende olduğu da bilinen bir olgudur*”¹⁹.

C. İŞVERENİN ÜCRETİ ÖDEDİĞİNİ İSPATLAYABİLECEĞİ VASITALAR

İş Kanununda ücretin ödendiğinin hangi yolla ispat edileceği konusunda herhangi bir düzenleme yer almamış sadece ücret hesap pusulasına ilişkin bir hükme yer verilmiştir²⁰. Ücretin ödendiğini ispatlamaya yarayan vasıtalar konusunda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda yer alan esasların göz önünde bulundurulması gerekir. Çünkü, borcun ifa edildiğinin ispatına ilişkin genel nitelikteki hükümler, sözü edilen Kanun’da yer almakta olup belirtilen hükümler, ücret ödeme borcunun ifa edildiği iddiasının ispatına da uygulanır²¹. Nitekim, Yargıtay da bir kararında, “..*Genelde, ödeme savunması, HUMK’nun öngördüğü delillerle ispatlanmalıdır.*”²² diyerek, ücretin ödendiği iddiasının ispatında, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’ndaki esasların uygulanacağını belirtmiş bulunmaktadır. Bunun yanı sıra Borçlar Kanunu’nun 87-89 maddeleri de ifanın ispatına ilişkin örneğin makbuz gibi önemli hükümler getirmektedir. Ayrıca İş Kanununda da ispata ilişkin bir takım

Y9HD., 04.02.1974, 18801/2895; **Y9HD.**, 16.09.1996, E. 1996/6046, K. 1996/16955; **Y9HD.**, 14.10.2004, E. 2004/6401, K. 2004/23124; “*Bilindiği üzere, işçinin ücretinin ödendiğinin ispatı işverene aittir. İşveren ücretin ödendiğini bordro ve benzeri yazılı belgelerle ispatlamak zorundadır. Davalı işveren tarafından böyle bir belge ibraz edilmediğine göre davacının ücret alacakları hesaplatılmalı ve mahkemece bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.*” (**Y9HD.**, 08.12.2005, E. 2005/12153, K. 2005/38893, Kazancı).

¹⁹ **Y9HD.**, 25.06.1998, E. 1998/8856, K. 1998/10925; Aynı yönde bkz. **Y9HD.**, 03.11.1972-6107/30506, **Tunçomağ**, s. 233.

²⁰ **Süzek**, s. 326.

²¹ **Tunçomağ**, s. 233.

²² **Y9HD.**, 13.12.1970, 13307/15225, **Tunçomağ**, s. 233; **Y9HD.**, 05.11.1971-17600/22169, Mustafa **Çenberci**, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984, s. 531 No.188.

kurallar öngörülmüştür²³.

Bilindiği üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu içinde yer alan deliller, kesin (kanuni) deliller ve takdiri deliller şeklinde ya da resen müracaat edilebilen (isticvap, bilirkişi, keşif) deliller ile resen müracaat edilemeyen deliller olmak üzere bir takım ayrımlara tabi tutulur²⁴. İkrar (HUMK.m.236), kesin hüküm (HUMK.m.237, senet (HUMK.m.286 vd.) ve yemin (HUMK.m.377 vd.) kesin delilleri oluşturur. Bu delillerle ispat edilen bir vakiayı ispat edilmiş (doğru) olarak kabul etmek hakim için bir zorunluluk olup; hakimin bu delilleri takdir etmek yetkisi bulunmamaktadır. Fakat kendiliğinden araştırma ilkesinin²⁵ uygulandığı örneğin boşanma gibi davalarda hakim, kesin delillerle dahi bağlı değildir; bu tür davalarda, yemin teklif olunmadığı gibi ikrar da hakimi bağlamaz²⁶.

Diğer bir kısım delillerin değerlendirilmesi ise hakimin takdirine bırakılmıştır. Takdiri deliller, tanık (HUMK.m.245 vd.), bilirkişi (HUMK.m.275 vd.), keşif (HUMK.m.363 vd) ve özel hüküm sebeplerinden ibarettir (HUMK.m.367). Hakimin, bu delilleri serbestçe takdir yetkisi bulunmaktadır (HUMK.m.240, 286)²⁷.

HUMK m.288'e göre, "Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri dört yüz milyon lirayı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma (ibra) gibi herhangi bir sebeple dört yüz milyon liradan aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz." Buna göre, 400 (460) YTL'nin²⁸ üstündeki ücretlerin ödendiği iddiası ancak kesin (ka-

23 **Tunçomağ/Centel**, s. 120; **Centel**, s. 385; **Tunçomağ**, s. 233.

24 **Üstündağ**, s. 514.

25 Kendiliğinden araştırma ilkesi, kamu yararı nedeniyle tarafların yanında hakimin de dava malzemesinin hazırlanmasında görevli olduğunu anlatan bir ilkedir. Bu tür, tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri davalarda, hem davayı değiştirme ve savunmayı genişletme yasağı uygulanmaz, hem de hakim, davanın ispatı için bütün delillere kendiliğinden başvurabilir. Bu durum, çekişmeli yargıda istisna, çekişmesiz yargıda ise kural olarak uygulanır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 237-238.

26 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 255, 238.

27 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 255.

28 28.11.2006 gün ve 26360 sayılı Resmi Gazete'de ilan edilen Maliye Bakanlığı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde 2006 yılı için belirlenen yeniden değerlendirme oranı, % 7.8 ola-

nuni) delille ispat olunabilecektir²⁹. Kaldı ki, 01.07.2008-31.12.2008 tarihleri arasındaki asgari ücretin 638,7.YTL olduğu göz önüne alındığında, asıl ücrete ilişkin ödemelerin kesin delille ispat edilmesi bir zorunluluk olarak görünmektedir.

İşyerlerinde ücretin hesabına ve ödenmesine ilişkin bordro, ücret kartonu gibi belgeler tutulur. İşçilere imzalatılan bu belgeler işverende kalır³⁰. İşveren iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret borcunu ifa ettiğini, (işçinin) ikrarı, senet (ve bu nitelikteki belgeler ki bunlar; işçi tarafından işverene verilen makbuz; işveren tarafından işçiye verilen ücret hesap pusulası ile işçinin ücretinin bankaya yatırılması halinde banka hesap kayıtları; işveren tarafından hazırlanmakla beraber işçinin onayını ve imzasını içeren ücret bordrosu ile ücret tediye bordrosu; işçi ile işverenin birlikte hazırladığı ibraname gibi yazılı delillerdir) yoluyla, işverenin işçiye teklif edeceği yemin delili ile ve kesin hüküm yoluyla ispatlayabilir³¹. Ancak, ücret ödeme borcu bir para borcu olduğu için, kural olarak, bunun takdiri delillerden olan tanıklarla ispat edilmesi mümkün değildir³². Burada sırasıyla her bir ispat vasıtasına kısaca yer verilecektir.

1. Makbuz (Alındı Belgesi)

Makbuz, borçlanılmış bulunan edimin (işveren açısından ücretin) alacaklı tarafından alındığını gösteren ve alacaklı (ücret alacaklısı olan işçi) tarafından imzalanmış olan bir belgedir³³. Makbuzda, ödenen ücret miktarı,

rak öngörülmüştür. Buna göre 2007 yılında maddede sözü edilen sınır $430 \times \% 7.8 = 460$ TL'dir.

²⁹ Tunçomağ/Centel, s. 120.

³⁰ Süzek, s. 326.

³¹ Süzek, s. 326; Bekir Geçer, İş Hukuku İşveren Rehberi, Ankara 2005, s. 189.

³² “Davacı, dava dilekçesinde fazla mesai ve hafta tatili ile bayramlarda yaptığı çalışmalarının karşılığının ödenmediğini iddia ederek istekte bulunmuştur. Bu durumda mahkemeye yapılacak iş, davacının gerçekten fazla mesai yapıp yapmadığı, yapmış ise, kaç saat olduğunu ve keza, bayram ve hafta tatillerinde çalışıp çalışmadığını araştırıp tespit etmek ve gerçekleştiği takdirde bu isteklerin ödenmediği davalı işveren tarafından yazılı belge ile kanıtlanmadıkça tahsile karar vermekten ibarettir. **Bu konulardaki ödeme savunması tanıkla kanıtlanamaz.** Aksine düşünce ile yazılı şekilde bu isteklerin de reddedilmiş olması isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.”, **Y9HD.**, 18.05.1993, E.1992/14077, K.1993/8562, **Sinerji**.

³³ Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1988, s. 259; Centel, s. 390; Günay, s. 385; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1988, s. 1091-1092.

ücreti ödeyen işverenin adı, ödemenin yapıldığı tarih ve ödemeyi (ücreti) alanın (yani işçinin) imzası³⁴ bulunması gerekir. BK.m.87'ye göre, “*Borcu ödeyen borçlu, bir makbuz veya borcun tamamı tediye edilmiş ise senedin geri verilmesini veya iptalini istemek hakkını haizdir. Borcun tamamı ödenmemiş veya senet alacaklıya başka haklar da vermekte ise borçlu ancak makbuz itasını ve tediyeinin senede dercini isteyebilir*”. Bu yönüyle makbuzun borcun ifa edildiğine dair bir ispat fonksiyonu bulunmaktadır³⁵. Başka bir anlatımla, makbuz ifanın vuku bulduğunu gösteren bir delil olmakla birlikte kesin bir delil değildir: alacaklı, makbuz verdiği halde alacağı tahsil etmediğini iddia edebilir, bu takdirde ispat yükü alacaklıya geçer. Ücret ödeme borcu altında bulunan işveren, kendisine makbuz verilmediği sürece, ücret ödeme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir³⁶. Böylece, kendisine makbuz verilmediği gerekçesiyle ücret ödeme borcunu yerine getirmeyen işveren, borçlu temerrüdüne düşmüş sayılmaz. İşveren dilerse, ücret ödeme borcunu yerine getirdikten sonra da, kendisine makbuz verilmesini isteyebilir. Buna karşılık işçi, işverenin kendisinden istediği makbuzu vermeksizin ücretinin ödenmesini istediği takdirde, alacaklı temerrüdüne düşmüş olur³⁷.

Borçlunun (işverenin) ücreti ifa ettiğini ispat edebilmesi BK.m.88'de kabul edilmiş bazı karinelerle de kolaylaştırılmıştır. Dönemli (devri) bir edim hakkında makbuz verilmiş olmasından doğan karine bu noktada önemlidir. Bilindiği üzere, ücret borcu, kira bedeli veya faiz gibi “*muayyen zamanlarda ödenmesi lâzım gelen*”, yani dönemli (devri) borçlardandır. Haklar saklı tutulmadan makbuz vermeyi düzenleyen BK.m.88'e göre de, “*Faizden veya icar bedeli gibi muayyen zamanlarda ödenmesi lazım gelen sair borçlardan ihtirazi bir kayıt dermeyeran temeksizin bir taksit için makbuz veren alacaklı ondan evvelki taksitleri de tahsil etmiş sayılır. Alacaklı resülmal için makbuz vermiş ise faizlerini de tahsil etmiş sayılır. Senet borçluya iade edildikte borç sakat olmuş sayılır.*” Bu itibarla, belli bir aya ait ücretini aldığına dair bir makbuz veren ve söz konusu makbuzda daha önce ödenmiş ücret alacaklarını saklı tutmayan işçi, daha önceki ücret alacaklarını da kari-

34 “*Makbuz alacaklının el yazısıyla hazırlanmış olsa dahi, alacaklı tarafından imza edilmedikçe “senet=alındı belgesi” olarak bir hukuki sonuç doğurmaz.*”, **Y15HD.**, 05.05.1975, 739/2404, Yargıtay Kararlar Dergisi, 1976, s. 872; “*..İşçi fazla çalışma parasının ödendiğini gösteren makbuzun kendisine tehditle imzalatıldığı yollu iddiasını ispat zorundadır.*”, **Y9HD.**, 29.11.1971, 17965/22970, **Çenberci**, s. 530, No. 187.

35 Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. III, 3. B., Ankara 1991, s. 165.

36 **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 1091; **Reisoğlu**, s. 260; **Tunçomağ**, s. 234.

37 **Centel**, s. 390; **Tunçomağ**, s. 234; **Reisoğlu**, s. 260.

ne olarak almış sayılır³⁸. Belirtilen durumda, daha önceki ücret alacaklarını almadığını iddia eden işçinin, bunu ispat etmesi gerekir. Verdiği makbuzda daha önceki ücret alacaklarını saklı tutan işçiye karşı ise, bu ücretlerin ödendiğini ispat yükü, işverene düşer³⁹. Ücret bordrosunun işçi tarafından imzalanması da makbuz verme hükmünde tutulabileceği için, işçinin ücret bordrosunu hakkını saklı tutmadan imzalaması, önceki aylara ilişkin ücretini aldığı anlamına gelir⁴⁰. Yargıtay da eski tarihli bir kararında “...Davacı, Haziran 1963 tarihine kadar işveren tarafından tahakkuk ettirilen fazla çalışma ücretlerini itirazda bulunmadan ve ihtirazi kayıt ileri sürmeden almış ve bu husustaki bordroları imzalamıştır. İşçinin sonraki aylara ait fazla çalışma ücretini bordro ile almış olması evvelki aylara ait istihkaklarının da ödendiği anlamına gelir...”⁴¹ demek suretiyle aynı hususa vurgu yapmıştır.

Ancak öğretideki bir görüşe göre, faiz ve kira bedeli gibi borçlar için bu durum geçerli olsa da işçinin korunmasını hedefleyen iş hukukunda geçerli değildir; dolayısıyla, işçi, işveren karşısında zayıf durumda bulunması nedeniyle, ücret alacağı için önceki alacaklarına yönelik olarak ihtirazi kayıt ileri sürmemiş olsa bile önceki dönem ücret alacağının ödendiği kabul edilemez⁴². Yargıtay da sonraki tarihli bir kararında, “Davacının talepte bulunduğu Haziran 2000 ayına ait ücretin ödendiğine dair her ne kadar imzalı bordro bulunmaktaysa da davalı işveren 28.7.2000 tarihli **makbuzla bu miktarı ödediğini savunmaktadır**. Mahkemece bu makbuz değerlendirilmeksizin hüküm kurulmuştur. Söz konusu ödeme belgesi davacıya gösterilmeli, imzanın kendisine ait olup olmadığı, ödemenin hangi ay ücretine ait olduğu sorulmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”⁴³ ifadelerine yer vermiş; diğer bir kararında da “Davacı fazla çalışma ve tatil paralarının da alınmasına karar verilmesini istemiş, **davalı bordro ve makbuzla ödeme savunmasında bulunmuş**, mahkeme açıklanan yönlere ilişkin istekleri kabul etmiştir. Öncelikle mahkemece bordro ve makbuzlar üzerinde durularak gerçekten belirli aylarda fazla çalışma ve tatil sütnunu gösterilip de o dönem için belirli miktarlarda fazla çalışma ve tatil parası ödenmiş ise davacı artık ihtirazi kayıt dermeyan ettiğini ispat edemedikçe **bordro veya makbuzun ilişkin bulundu-**

38 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1092-1094.

39 Akyiğit, s. 1493; Tunçomağ, s. 234-235; Centel, s. 390. Ayrıca bkz. Eren, s. 165.

40 Tunçomağ/Centel, s. 120-121.

41 YHGK., 13.03.1971, E.1970/9-615, K.1971/163, Sinerji, Kazancı, Tunçomağ/Centel, s. 121.

42 Günay, s. 386.

43 Y9HD., 12.04.2004, E. 2003/19271, K. 2004/8157, Kazancı.

ğu zaman için daha fazla iddia ile fazla çalışma ve tatil parası isteyemez. Bilirkişi raporu ise bu yönlere cevap verecek nitelikte bulunmamaktadır. Eksik inceleme ile yetinilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” ücretin ödendiğinin makbuz gibi belge ile de kesin olarak ispatlanabileceğini, dolayısıyla da sonraki tarihli bir makbuzun önceki tarihli bir ücret ödemesinin yapıldığını ifade etmeyip makbuzun ilişkin bulunduğu dönem için ispat vasıtası olduğunu belirtmiştir⁴⁴.

Ancak belirtelim ki, her ücret ödemesinde işçinin işverene makbuz vermesinin olanaksızlığı ve asgari ücret gibi nedenler makbuz uygulamasını iş hukukunda zorlaştırmakta veya gereksiz kılmaktadır⁴⁵.

2. Ücret Bordrosu ve Ücret Tediye Bordrosu

İşveren ücret ödeme borcunu yerine getirdiğini, “ücret bordrosu” ya da “ücret tediye bordrosu” ile de ispatlayabilir. Bilindiği üzere, ücretler ödenirken düzenlenen en önemli belge, ücret bordrosudur. Düzenlemek, sıraya dizmek anlamına gelen bordro sözcüğü, çalışma yaşamında ve muhasebe dilinde, kasa bordrosu, ücret bordrosu veya senet ödeme bordrosu sözcüklerinde olduğu gibi bir hesabın tüm ayrıntıları ile ve düzgün olarak yazıldığı bir hesap pusulası anlamında kullanılır⁴⁶. Ücret bordroları tıpkı makbuz gibi, borçlanılmış edimin (ücretin) ifa edildiğini gösteren ve alacaklı (işçi) tarafından imza edilmiş bir belgedir⁴⁷.

Bu anlamda ücret bordrosu, hizmet erbabına ödenen ücretlerle ilgili olup, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun⁴⁸ “Ücret bordrosu” kenar başlıklı 238. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede, ücret bordrosunun taşınması gereken önemli hususlar gösterilmiş, mutlaka işçinin imzasının bulunması gerektiğine vurgu yapılmış⁴⁹ ve işverenlerin her ay ödedikleri

⁴⁴ **Y9HD.**, 31.12.1982, E. 1982/9364, K. 1982/10361, **Sinerji**.

⁴⁵ **Evren**, s. 45.

⁴⁶ **İnce**, s. 225.

⁴⁷ **Tunçomağ/Centel**, s. 121.

⁴⁸ RG., 10.01.1961, S. 10703-1.

⁴⁹ VUK.m.238/II’ye göre, “Ücret bordrolarına en az aşağıdaki malumat yazılır. 1. Hizmet erbabının soyadı, adı; ücretin alındığına dair imzası veya mührü (Ücretin ödenmesinde ayrıca makbuz alan iş verenlerin tutacakları ücret bordrosuna imza veya mühür konulması mecburi değildir); 2. Varsa vergi karnesinin tarih ve numarası; 3. Birim ücreti (Aylık, haftalık, gündelik, saat veya parça başı ücreti); 4. Çalışma süresi veya ücretin ilgili olduğu süre; 5. Ücret üzerinden hesaplanan vergilerin tutarı. Bordronun hangi aya ait olduğu baş tarafından gösterilir. Bir aya ait bordro ertesi ayın yirminci gününe kadar hazırlanıp tarihlenerek, müessese sahibi veya müdürü ile bordroyu tanzim eden memur

ücretler için “ücret bordrosu tutmak zorunda oldukları belirtilmiştir: “İşverenler her ay ödedikleri ücretler için (**Ücret bordrosu**) tutmaya mecburdurlar. Gelir Vergisi Kanununa göre vergiden muaf olan ücretlerle diğer ücret üzerinden vergiye tabi hizmet erbabına yapılan ücret ödemeleri için bordro tutulmaz”⁵⁰.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu⁵¹ da 97. maddesinde “Vergi Tevkifatının Gösterilmesi”ni düzenlerken ücret bordrosuna yer vermiş ve “İşverenler, hizmet erbabına ödedikleri ücretlerden 94 üncü madde gereğince yaptıkları vergi tevkifatını Vergi Usul Kanununda yazılı ücret bordrosunda veya bordro yerine geçen diğer kayıtlarda göstermeye mecburdurlar.” hükmüne yer vermiştir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun⁵² 102/e-5 hükmünde de, ücret tediye bordrosuna ilişkin olarak, “İşverenler tarafından ibraz edilen aylık ücret tediye bordrosunda; işyerinin sicil numarası, bordronun ilişkin olduğu ay, sigortalının adı, soyadı, sigortalının sosyal güvenlik sicil numarası, ücret ödenen gün sayısı, sigortalının ücreti, ödenen ücret tutarı ve ücretin alındığına dair sigortalının imzasının bulunması zorunludur. Belirtilen unsurlardan herhangi birini ihtiva etmeyen (imza şartı yönünden makbuz mukabilinde veya banka kanalıyla yapılan ödemeler hariç) ücret tediye bordroları geçerli sayılmaz.” denilmektedir. Buna göre, ücret tediye bordrosunun düzenlenmesi halinde de bu belge ücretin ödendiğini ispatlayan bir belge niteliğinde bulunmaktadır.

İş Kanunumuz ise ücret bordrosuna ilişkin olarak, özel bir hüküm getirmemiş, sadece “Kamu makamlarının ve asıl işverenlerin hak edişlerinden ücret kesme yükümlülüğü” kenar başlıklı 36. maddesinde, “...işlerinde çalışan işçilerden müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığının kontrolü, ya da ücreti ödenmeyen işçinin başvurusu üzerine, ücretleri ödenmeyen varsa **müteahhitten veya taşeronlardan istenecek bordrolara göre** bu ücretleri bunların hakedişlerinden öderler.” sözcükleri içerisinde ücret bordrosuna yer vermiştir.

Ücret bordrosu, ücretin ödendiğini ispat konusunda, işçinin imzasını taşıdığı ve ücret ödemelerini gösteren yazılı bir belge niteliğinde bulunduğu için

tarafından imzalanır. İş verenler ücret bordrolarını, yukarıki esaslara uymak şartıyla diledikleri şekilde tanzim edebilirler”.

⁵⁰ Bu konuda ayrıca bkz. Evren, s. 39-40.

⁵¹ RG., 06.01.1961, S. 10700.

⁵² RG., 16.06.2006, S. 26200.

kesin delil niteliğine sahiptir⁵³. Yargıtay da, “**İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağıının ödendiği varsayılır.**”⁵⁴ demek suretiyle aynı sonuca ulaşmakta, imzalı ücret bordrolarına itibar edilmesi gerektiğini belirtmektedir⁵⁵. Ancak imzalı ücret bordrolarına bazı şartların gerçekleşmesi halinde itibar edilmeyebileceği de Yargıtay’ca vurgulanmaktadır. Buradaki ölçütü Yargıtay, tüm işçilere unvan ve kıdemlerine bakılmaksızın asgari ücret ya da çok az miktar üzerinde ödeme yapıldığının belirtilmesi ve tanıkların işyerinde iki bordro düzenlenip birinin asgari ücretten ve imzalı, diğerinin ise gerçek ücretten ve imzasız olduğunu ileri sürmesi halinde mümkün olacağını ifade etmekte ve “...davacı tarafından dosyaya sunulan bordrolarda imza bulunmamakla birlikte, gerek tanıkların bu açıklamaları ve gerek davacının ücretini kesin biçimde açıklamış olmaları karşısında davalının sunduğu bordrolara

53 Yargıtay, eski kararlarında ücret bordrolarının önemli bir delil olduğunu, ancak kesin ve nihai bir delil niteliği taşımadıklarını kabul etmekte idi (Bkz. **Y9HD.**, 27.10.2004, 8503/24277, Legal İHD, S. 5, s. 293-294). Ayrıca bkz. **Süzek**, s. 326.

54 “**İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağıının ödendiği varsayılır. Bordroda fazla çalışma bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşınamaması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir. İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağıının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.**”, **Y9HD.**, 21.03.2008, E. 2008/939, K. 2008/5619, **Sinerji**. Aynı yönde, “...İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağıının ödendiği varsayılır...”, **Y9HD.**, 25.03.2008, E. 2007/9345, K. 2008/6366, **Sinerji**.

55 **Çil**, s. 759.

itibar edilmemiştir.” gerekçeleri ile sonuca ulaşmaktadır⁵⁶.

Ücret bordrosu, ücretin ödeneceği işçinin imzasını taşıdığı ve ücret ödemelerini gösteren yazılı bir belge niteliğinde bulunduğu için makbuza ilişkin esaslar ücret bordrosu için de geçerli olur. Nitekim, Yargıtay da bir kararında, “...Davacı, Haziran 1963 tarihine kadar işveren tarafından tahakkuk ettirilen fazla çalışma ücretlerini itirazda bulunmadan ve ihtirazi kayıt ileri sürmeden almış ve bu husustaki bordroları imzalamıştır. İşçinin sonraki aylara ait fazla çalışma ücretini, bordro ile almış olması evvelki aylara ait istihkaklarının da ödendiği anlamına gelir.”⁵⁷ demek suretiyle, makbuza ilişkin BK. m. 88’deki esası, ücret bordrosuna da uygulamış, son bordronun önceki aylara ilişkin istihkakların ödendiği anlamına geldiğini belirtmiştir.

Ücretin ödendiğini ispat konusunda ücret bordrosunun kesin delil niteliğini taşıması, ücret bordrosunda işçinin imzasının bulunmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim, imza yerine bordroya işverence düşülen bir ödendi kaydı kesin delil sayılması için yeterli görülmemektedir. Yargıtay da “..Davalı tarafça ibraz edilmiş bordrolarda, davacının ücreti ve eklerinin adına havale edildiğine ilişkin kayıtlar, ödemenin yapıldığının kesin delili olamaz.”⁵⁸ anlatımına yer vererek aynı hususa işaret etmiştir.

Uygulamada ücret bordrosunun imzalanmış olması, asıl ücret borcunun ödenmiş olduğunun ispatından daha çok, fazla çalışma ücretleri ile tatil ücretlerinin ödendiğinin ispatı konusunda önem taşımaktadır. Gerçekten, söz konusu ücretler için, ücret bordrosunda sütun açılması ve fazla çalışma yapıldığının belirtilmesi halinde; daha fazla çalışma yapmış işçinin ihtirazi kayıtsız olarak bordroyu imzalaması halinde, bordroda belirtilenden daha fazla çalışma yaptığı iddiası dinlenmemektedir. Başka bir ifadeyle, bordrolarda fazla çalışmaya yönelik davacının imzasını içeren bir kayıt varsa, işçi ihtirazi kayıt koymadıkça o ay için artık fazla çalışma parası talebinde bulunamaz. Ancak, ücret bordrosunda bulunan fazla çalışma sütunu boş bırakılmış ise; bu takdirde ücret bordrosunun, işçi tarafından ihtirazi kayıt ileri sürülerek imzalanmasına gerek yoktur. Değerlendirilme konusu yapılan Yargıtay kararında da bu husus önemle vurgulanmaktadır.

3. Ücret Ödeme Defteri

İşveren ücret ödeme borcunu yerine getirdiğini, “ücret hesap defteri” ile

⁵⁶ Y9HD., 29.05.2003, E. 2002/12779, K. 2002/23796, Çil, s. 764.

⁵⁷ YHGK., 13.03.1971, E.1970/9-615, K.1971/163, Sinerji, Kazancı.

⁵⁸ Y9HD., 21.04.1981, 133/5478, Çenberci, s. 528, No. 166; Centel, s. 402.

de ispatlayabilir⁵⁹. Deniz İş K. m. 31’de yer alan, “Her gemide, noterlikçe tasdikli bir ücret ödeme defteri tutulur. Şu kadar ki, liman seferi yapan gemilerde bu defter işveren bürosunda da tutulabilir.

Hizmet akitleri gereğince gemiadamlarına yapılacak her çeşit ödemelerin bu deftere kaydedilmesi ve kayıtların imza veya makbuzla belgelenmesi zorunludur.

İstek halinde, bu kayıtların tasdikli bir örneği gemiadamına verilir. Bu muameleler her türlü resimden muaftır.

Belgeye dayanmaksızın yapılan ödeme iddiaları muteber değildir.” hükmü gereğince her gemide noterlikçe onaylanmış bir ücret ödeme defterini tutma; iş sözleşmeleri gereğince gemi adamlarına yapılacak her çeşit ödemeyi, söz konusu deftere kaydetme ve belirtilen kayıtları, imza veya makbuzla belgeleme yükümünü getirilmiştir.

Ücret ödeme defterindeki kayıtları belgeleyecek olan imza veya makbuz, gemiadamına ücretinin ödenip ödenmediği konusunda ispat fonksiyonu görmekte ve tam bir delil sayılması gerekmektedir⁶⁰.

Ücret ödeme defterine ilişkin düzenlemedeki “zorunludur” ifadesinden de bu hükmün kamu düzenine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır⁶¹. Bu bakımdan, söz konusu madde hükümlerinin sözleşmeler yoluyla bertaraf edilmesi hukuken geçersizdir. Deniz İş Kanunu’nun “ceza hükümleri”nde ise bu maddeye aykırılık bir yaptırıma bağlanmamıştır.

4. Ücret Hesap Pusulası

İşveren, ücreti ödediğini “ücret hesap pusulası” ile de ispatlayabilir. İş K.m. 37/I’de yer alan, “İşveren işyerinde veya bankaya yaptığı ödemelerde işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusula vermek zorundadır.” hükmü gereği, ücretin gerek bir bankada açılan özel hesaba veya gerekse işyerinde (elden) ödenmesi halinde, işverenin her halükarda işçiye bir ücret hesap pusulası vermek zorunluluğu bulunmaktadır. Ücret hesap pusulasının geçerli olabilmesi için pusulada işverenin imzasının veya işvereni hukuken bağlayacak özel bir işaretin yer alması şarttır.

İş K.m.37/II’ye göre, “Bu pusulada ödemenin günü ve ilişkin olduğu dö-

⁵⁹ 1475 sayılı eski İş Kanunu m. 30’da öngörülen ücret hesap defterine, Kanun’un 37. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, uygulamada yarar sağlamadığı için yeni düzenlemede yer verilmemiştir. Bkz. **Mollamahmutoglu**, s. 399; Murat **Şen**, İş Kanunları Sosyal Güvenlik Kanunları (Genel Gerekçe ve Madde Gerekçeleriyle), Ankara 2008, s. 54.

⁶⁰ **Centel**, s. 400-401.

⁶¹ **Centel**, s. 398.

nem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit eklemeler tutarının ve vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi her çeşit kesintilerin ayrı ayrı gösterilmesi gerekir". Dolayısıyla işçinin asıl ücretini ve bu ücretine eklenen ücret ekleri ile tüm kesintileri ayrıntıları ile görmesini sağlamak için ayrıntılı döküm içeren bir pusula verilmesi zorunlu kılınmıştır. Böylelikle işçinin, ücreti hakkında kesin bir bilgiye sahip olması sağlanmış; eksik veya yanlış yapılan bir ücret ödemesine itiraz etme olanağı tanınmış olmaktadır. İşveren bakımından ise, yaptığı ücret ödemelerini, ücret ekleri ile kesintilerini kanıtlama kolaylığı ortaya çıkmış bulunmaktadır⁶².

Ücret hesap pusulası, ücretin ödendiğinin ispatı açısından tam bir delil niteliğini taşımaktan uzaktır. Zira bununla izlenen amaç, ücretin ödenip ödenmediğinin ispatı değil, işçinin ücretinin nasıl hesaplandığını, ücretinden hangi kesintilerin yapıldığını bilmesini sağlamaktır. Bu açıdan ücret hesap pusulasının kendi başına delil sayılması mümkün değildir; ancak yazılı delil başlangıcı kabul edilebilir. Bunun için de bunu ileri süren tarafın işçi olması gerekir⁶³. Bir belgenin yazılı delil başlangıcı oluşturabilmesi için onun aleyhine ileri sürülen tarafından verilmiş bulunması zorunludur (HUMK.m.292/II). İşçi, ücret hesap pusulasıyla gerçekleştirilen bir ücret ödeme borcunun aksini iddia ettiği takdirde, bunu ispat etmesi gerekir⁶⁴. Ancak önemle belirtelim ki, uygulamada da görüldüğü üzere, işverence verilmesi gereken bu belgeye işçinin imzasının alınmış olması bu belgeye bordro niteliği kazandırır. Böylelikle işverenin ücret borcunu da ödediği anlamına gelir⁶⁵.

Ücret hesap pusulasına ilişkin madde metninde yer alan "*zorundadır*" ifadesinden bunun kamu düzenine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır⁶⁶. Bu açıdan, söz konusu madde hükümlerinin sözleşmelere hüküm koyma yoluyla bertaraf edilmesi hukuken mümkün olmayıp söz konusu hüküm geçersizlik yaptırımı ile karşı karşıya kalır. İş K.m.102/b de yer alan, "*37 nci maddesine aykırı olarak ücrete ilişkin hesap pusulası düzenlemeyen ...işveren veya işveren vekiline iki yüz milyon lira para cezası*" verileceği hükmü de ücret hesap pusulası düzenlemenin kamu düzenine ilişkin olduğunu ifade etmektedir.

⁶² Devrim **Ulucan**, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), Bireysel İş hukuku, 3. B., İstanbul 2006, s. 134.

⁶³ **Centel**, s. 399-400.

⁶⁴ **İnce**, s. 225.

⁶⁵ **Çil**, s. 711. Ayrıca bkz. Münir **Ekonomi**, İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, s. 146.

⁶⁶ **Centel**, s. 398.

5. Banka Yoluyla Yapılan Ödemeler

İş K.m.32/2’de yer alan “Ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak kural olarak, Türk parası ile işyerinde veya özel olarak açılan bir **banka hesabına ödenir**. Ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak, yabancı para olarak kararlaştırılmış ise ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödeme yapılabilir. Çalıştırılan işçilerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki **her çeşit istihkakının özel olarak açılan banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenmesi hususunda; tabi olduğu vergi mükellefiyeti türü, işletme büyüklüğü, çalıştırdığı işçi sayısı, işyerinin bulunduğu il ve benzeri gibi unsurları dikkate alarak işverenleri veya üçüncü kişileri zorunlu tutmaya, banka hesabına yatırılacak ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının, brüt ya da kanuni kesintiler düşüldükten sonra kalan net miktar üzerinden olup olmayacağını belirlemeye Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığından sorumlu Devlet Bakanlığı müştereken yetkilidir. **Çalıştırdığı işçilerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakını özel olarak açılan banka hesapları vasıtasıyla ödeme zorunluluğuna tabi tutulan işverenler veya üçüncü kişiler, işçilerinin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaklarını özel olarak açılan banka hesapları dışında ödeyemezler**” ifadelerinden uygulamada hızla yayılan bir ödeme şekli olan banka yoluyla yapılan ödemelerin pek çok işveren için zorunlu hale geleceği açıkça anlaşılmaktadır. Buna göre, işçi adına açılmış hesap hareketini veya parayı kimin yatırdığını gösteren banka tarafından onaylı belgelere de itibar etmek gerekmektedir⁶⁷. Başka bir anlatımla, banka aracılığı ile yapılan ödemelerde banka kayıtları da ödemeyi gösteren belge niteliğindedir⁶⁸.**

Ücretin, özel olarak açılacak banka hesabına yatırılması yolunun açılması ile, işçinin diğer hesapları ile ücret hesabının karışmasını engellemek, ayrıca ücrete ulaşmada kolaylık getirmek, güven ve şeffaflık sağlamak amacı güdüldüğü söylenebilir. Bu gibi durumlarda özellikle elektronik kart ile yapılan ödemelerde işveren işçinin ücretlerini işçinin bankadaki hesabına yatırdığını ispatlamakla, ücret ödediğini ispat etmiş olur⁶⁹.

Diğer taraftan zorunluluk kapsamına girmeden banka yoluyla yapılan ödemeler söz konusu ise, inceleme konusu Yargıtay kararında da vurgulandığı üzere, bunlar da kesin delil niteliği taşımakta ve bu kayıtların incelen-

⁶⁷ Evren, s. 115.

⁶⁸ Çil, s. 711.

⁶⁹ Cevdet İlhan Günay, İş Hukuku, 2. B., Ankara 2004, s. 385.

mesi ile bir sonuca ulaşılmasının gerektiği Yargıtayca ifade edilmektedir⁷⁰. Başka bir anlatımla, işçinin bordroda imzasının bulunmaması, ödemenin banka aracılığıyla yapılması durumlarında ücretin ödenmediği anlamına gelmez⁷¹. Yargıtay'a göre de, "bordrolarda işçinin imzası bulunmasa da, uygulamada ödemeler banka aracılığı ile yapıldığına göre, uyumsuzluk konusu olan ödemelerin bankaya yatırılıp yatırılmadığı araştırılmalıdır"⁷².

6. Yüzde Usulü Ücretlerde Hesap Pusulalarının Genel Toplamını Gösteren Belgeler

Bilindiği üzere, otel, lokanta, eğlence yerleri ve benzeri yerlerle içki verilen ve hemen orada yenilip içilmesi için çeşitli yiyecek satan yerlerin çoğunda zamana göre, bazılarında ise yüzdeye göre ücret ödenmektedir. İş Kanununun 51/1 hükmüne göre, yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde

⁷⁰ "...Davacı tarafından davalıya yapılan bu ödemeyi gösteren banka kayıtları kesin nitelikte delil niteliğindedir. Ortada bu belgeler mevcutken, ikrar delili ispat yükü ile ilgili tartışmalara girmeye gerek yoktur. Mahkemece, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 356. maddesi uyarınca dava dilekçesinin içeriği doğrultusunda davalı işçiye resen yemin teklif olunmuş, davalı da avans olarak herhangi bir para almadığına dair yemini eda etmiştir. Yerel mahkemece, bu yemine de dayanarak ve vasıflı ikrarın bölünmezliği ilkesinden hareketle, avans olarak verildiğinin davacı işverence kanıtlanmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Ne var ki, davalı işçiye yapılan ödeme banka kayıtlarıyla sabit olduğuna göre bu konuda resen yemin teklifi için, gereken Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 356. maddesindeki koşullar oluşmamıştır. Mahkemece resen yemin teklifi ile sonuca gidilmesi hatalıdır. Davacı işveren, sözü edilen banka kayıtlarıyla davalı işçiye 35.000 Amerikan Doları ödediğini kanıtladığına göre, bu ödemenin ne maksatla alındığı davalıdan sorulmalı ve varsa bu konuda delilleri toplanarak gerekirse ticari defterlerde getirilerek sonuca gidilmelidir. Mahkemece eksik inceleme ve hatalı değerlendirmeye karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir. ...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. ... Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır", (Y9HD'nin, 27.01.2004 tarih ve E. 2003/10405, K. 2004/1291 sayılı kararını onayan YHGK'nun 02.02.2005, E. 2004/9-653, K. 2005/14 sayılı kararı, Çil, s. 746, Kazancı). Aynı yönde bkz. Y9HD., 20.01.2004, E. 2003/992, K. 2004/366, Çil, s. 750.

⁷¹ Süzek, s. 327.

⁷² Y9HD., 29.12.1995, E.34994, K. 36853, Çimento İşveren Dergisi, Mart 1996. s.29; Y9HD., 14.11.2006, 25785/30082, S. 14, s. 756-757.

işveren tarafından servis karşılığı veya başka isimlerle müşterilerin hesap pusulalarına “yüzde” eklenerek veya ayrı şekillerde alınan paralarla kendi isteği ile müşteri tarafından işverene bırakılan yahut da onun kontrolü altında bir araya toplanan bütün paraların işverence işyerinde çalışan tüm işçilere eksiksiz olarak ödenmesi zorunludur. Yüzdelerden toplanan paraların o işyerinde çalışan işçiler arasında, yapılan işlerin niteliğine göre, hangi esas ve oranlarda dağıtılacağı konusunda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılan (İş K.m.51/son) “Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik”⁷³ “Yüzdelerin toplanması ve ödenmesi” başlıklı 4. maddesine göre, “İkinci maddede belirtilen işyerlerinde, işveren tarafından servis karşılığı veya başka isimlerle müşterilerin hesap pusulalarına “yüzde” eklenerek veya ayrı şekillerde alınan paralarla, kendi isteği ile müşteri tarafından işverene bırakılan veya işverenin kontrolü altında bir araya toplanan paraları, işveren, işyerinde çalışan tüm işçilere eksiksiz olarak ödemek zorundadır”. Bu paraların toplanmasından ve dağıtımından işveren sorumludur.

İş K.m.52’de ise “Yüzdelerin belgelenmesi” düzenlemiştir: “Yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde işveren, her hesap pusulasının genel toplamını gösteren bir belgeyi işçilerin kendi aralarından seçecekleri bir temsilciye vermekle yükümlüdür. Bu belgelerin şekli ve uygulama usulleri iş sözleşmelerinde veya toplu iş sözleşmelerinde gösterilir”. Yönetmeliğin “Yüzdelerin belgelenmesi” kenar başlıklı 6. maddesindeki “Yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde, işveren, her hesap pusulasının genel toplamını gösteren belgeyi, toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde sendika temsilcisine, diğer işyerlerinde bu Yönetmeliğin 8 inci maddesinde belirtilen seçilmiş işçi temsilcisine vermekle yükümlüdür. Bu belgenin şekil ve uygulama usulleri, iş sözleşmelerinde veya toplu iş sözleşmelerinde gösterilir. Bu belgeler ve belgelerin esas alındığı kayıtlar, beş yıl süreyle saklanır.” demek suretiyle her hesap pusulasının genel toplamını gösteren bir belgeyi işverenin işçi temsilcisine (varsa sendika temsilcisine) verme yükümü getirmiştir.

Görüldüğü üzere, bu belgeler esas olarak yüzde ücretlerinin ödendiğinin ispatına yönelik değildir. Bununla birlikte, hesap pusulalarının asıllarına uygun şekilde düzenlenmiş belgeler, ileride işveren ile işçiler arasında ve yüzde ücretleri konusunda çıkabilecek uyuşmazlıklar için delil olma niteliği taşırlar.

7. İbraname

İş hukuku ile ilgili uyuşmazlıklarda ibraname de ücret ve eklerinin

⁷³ RG., 28.02.2004, S. 25387.

ödendiğinin ispatında önemli bir rol oynamaktadır. Bu bakımdan ibranameyi, ücretin ödendiğini de gösteren ve yazılı şekle bürünmüş bir metin olarak kabul etmek mümkündür. Bilindiği üzere iş sözleşmesinin sona ermesi ile ortaya çıkan ücretlerin, ücret eklerinin ve tazminatların ödenmesi gibi konularda, uyuşmazlıkları önlemek için birtakım çareler aranmaktadır. İşte ibraname (aklanma belgesi, aklanma yazısı) bu tür bir ihtiyacın sonucudur⁷⁴.

Alacaklı ve borçlunun var olduğundan kuşku duymadıkları bir alacağı ortadan kaldırmak için yaptıkları ve bu suretle borçlunun borçtan kurtulmasını kapsayan sözleşmeye ibra (aklanma) sözleşmesi (ibra belgesi veya ibra senedi) adı verilir⁷⁵. İsviçre Borçlar Kanununda yer alan (m. 115) fakat Türk Borçlar Kanununda ve İş Kanununda düzenlenmeyen ancak uygulamada çok kullanıldığı görülen ibraname⁷⁶, işçinin ücret ve diğer alacaklarını tamamen aldığını ve herhangi bir alacağı kalmadığını gösteren bir belge olup, yazılıp işçi tarafından imzalandıktan sonra işverene verilir⁷⁷. İbraname, iki taraflı bir hukuki işlem (yani sözleşme) olup borçlu tarafın borcundan

⁷⁴ **İnce**, s. 229.

⁷⁵ **Centel**, s. 391; **İnce**, s. 224, 229.

⁷⁶ “*Taraflar arasında düzenlenen ibranamenin geçerli olup olmadığı uyuşmazlık konusudur. İbra sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanununun 115. maddesinde düzenlendiği halde Türk Borçlar Kanununa bu madde alınmamıştır. Bir kanunda ana kurallar ve kurumlar oluşturulurken ibra gibi önemli bir kuruma yer verilmemiş oluşunun ancak hata sonucu olabileceği öğretide ileri sürülmüştür. (Berki, Şakir: Borçların Sukutu, AÜHF, Cilt XII. s. 237) Bununla birlikte gerek öğretide gerek uygulamada ibraname, bir borcun tam ya da kısmen ifa edilmeden sona ermesini sağlayan özel sukut nedeni olarak kabul edilmektedir. (Feyzioğlu, F.N: Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Cilt II, İstanbul 1969, s. 351) Bu noktada ibra sözleşmesinin bir ödeme yönünde bir anlaşma olmadığı, borcun kısmen ya da tamamen tatmin edilemeyen sona erme şekillerinden biri olduğu belirtilmelidir...”, **Y9HD.**, 21.03.2008, E. 2007/13059, K. 2008/5588, **Sinerji**.*

⁷⁷ İbramenin hukuki sonuç doğurması için bunun işverene teslim edilmiş olması gerekir. İşçinin, yazı bilmiyorsa HUMK'nun 297. maddesi uyarınca, ihtiyar heyeti veya mahallince maruf iki kişi tarafından onaylanmış ve elle yapılmış bir işaret veya mühür kullanması yeterlidir (**Y9HD.**, 08.07.1968, E. 8355, K. 9750, MESS Gazetesi, 16 Eylül 1968, S. 65; **Y9HD.**, 17.11.1969, E. 7809 K. 10788; görme özürlüye imzalatılan ibranamenin geçerliliği için okunması ve mümkün olduğunca üçüncü kişi yanında imza okur-yazar olmayan işçi için benzer şekilde, 16.06.2005, E. 2004/30825, K. 2005/21797, Legal İHD, S. 9, 2006, s. 258-259); kesin mehil verilmesine rağmen aslı sunulmayan ibranameye değer verilemez (**Y9HD.**, 16.03.2006, E. 2006/25400, K. 2006/6847, Çalışma ve Toplum, 2006/3, s. 240-241).

aklandığını (kurtulduğunu) anlatır. Bu açıdan ibraname, tek taraflı olarak yazılıp imzalanmış makbuz ya da bordrodan farklılık gösterdiği gibi, tek yanlı bir hukuksal işlem olan feragat da değildir. İbranamenin ortadan kaldırmak istediği alacağın varlığı konusunda, tarafların herhangi bir kuşkusu bulunmamaktadır. Bu yönüyle de ibra, olumsuz borç ikrarından (tanımasından) ayrılır. Zira olumsuz borç tanımasında, taraflar, aralarında kuşkuyla bir alacak ya da borç bulunmadığını saptayarak, aralarındaki ilişkiyi ortadan kaldırırlar; ibra da ise var olduğu kuşkusuz bir alacak ortadan kaldırılmaktadır. Ancak belirtelim ki, işverenin işçiye iş sözleşmesinin sona erdirildiği sırada imzalatıldığı bu çeşit yazılar, ibra sözleşmesi, sulh sözleşmesi, feragat, menfi borç ikrarı veya makbuz niteliğini taşıyabilmektedir⁷⁸.

İbra sözleşmesinin (ibranamenin), karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla meydana gelmesi gerektiği için hata, hile veya ikrah gibi irade sakatlıklarının bulunması halinde işçinin BK.m.31 uyarınca ibranamenin hükümsüzlüğünü ileri sürme hakkı vardır. İrade bozukluğu nedeni ile ibra belgesinin imzalandığı kanıtlanabilirse, geçersizlik yaptırımı uygulanır⁷⁹.

İbranamenin geçerliliği açısından bir takım hususlar önem taşımaktadır. **Öncelikle**, işverenin borcundan kurtulması için, ibranamenin **açık ve kesin hükümler taşıması** gerekir. İşveren, çekince taşıyan bir ibraname ile yükümlülükten kurtulamaz⁸⁰. **Sonra**, ibraname için **basit yazılı şeklin varlığı yeterlidir**. Buna göre, işçinin imzasını taşıyan ve işvereni borçtan kurtarmaya yönelik herhangi bir belge, ibraname olarak kabul edilebilir. Bu nedenle ibraname, daktilo ya da elle yazılmış veya taraflarca doldurulmuş basılı bir metin olabileceği gibi, noterde de düzenlenebilir. Yargıtay'a göre, matbu olarak düzenlenip boşlukları sonradan doldurulmuş ya da iş sözleşmesi devam ederken alınmış olan ibraname hukuken geçersizdir⁸¹. **Yine, ibraname-lerin miktar içermesi gerekir**. Yargıtay'ın yeni tarihli bir kararında bu husus, "*miktar içermeyen ibranamelere geçerlilik tanınamaz. Miktar içeren ibranamelerde hak kazanılan tutar ile yapılan ödeme arasında açık bir oransızlık bulunmaması halinde borcun ibra ile sona erdiği kabul edilir*"⁸²

⁷⁸ Tunçomağ, s. 235-236; İnce, s. 230.

⁷⁹ YHGK., 23.09.1981, E. 1525, K. 632. İbranamenin imzalanması sırasında irade fesadına ilişkin olarak bkz. 08.07.2004, E. 2004/13434 K. 2004/18102, Legal İHD, S. 4, 2004, s. 1413-1415.

⁸⁰ Tunçomağ, s. 240; İnce, s. 231.

⁸¹ Centel, s. 393-394.

⁸² "...Taraflar arasında düzenlenen ibranamenin geçerli olup olmadığı uyuşmazlık konusudur. İbra sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanununun 115. maddesinde düzenlendiği halde

Türk Borçlar Kanununa bu madde alınmamıştır. Bir kanunda ana kurallar ve kurumlar oluşturulurken ibra gibi önemli bir kuruma yer verilmemiş oluşunun ancak hata sonucu olabileceği öğretide ileri sürülmüştür. (Berki, Şakir: Borçların Sukutu, AÜHF, Cilt XII. s. 237) Bununla birlikte gerek öğretide gerek uygulamada ibraname, bir borcun tam ya da kısmen ifa edilmeden sona ermesini sağlayan özel sukut nedeni olarak kabul edilmektedir. (Feyzioğlu, F.N: Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Cilt II, İstanbul 1969, s. 351) Bu noktada ibra sözleşmesinin bir ödeme yönünde bir anlaşma olmadığı, borcun kısmen ya da tamamen tatmin edilemeyen sona erme şekillerinden biri olduğu belirtilmelidir.

İş Hukukunda ibra sözleşmesi ibraname adıyla yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır. İbra sözleşmesinin tanımı, şekli ve hükümlerinin Borçlar Kanununda düzenlenmesinin ötesinde, İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliği sebebiyle İş Kanunlarında normatif hüküm olarak ele alınması gerektiği açıktır.

İşçi, emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. İş Hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmak ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır. Borcun tatmin edilemeyen sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine İş Hukuku açısından sınırlı biçimde değer verilmelidir.

Yeni Borçlar Kanunu tasarısında bu konuya değinilmiş ve 419. maddesinde, işçi ve işveren ilişkileri açısından ibra sözleşmesine dair bazı kurallara yer verilmiştir. Bahsi geçen düzenleme de, işçilik alacaklarını sona erdiren ibra sözleşmelerinin sınırlı biçimde ele alınması gerektiğini göstermektedir. Bu itibarla Borçlar Kanununun irade fesadını düzenleyen 23-31. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin İş Hukukunda ibra sözleşmeleri bakımında çok daha titizlikle ele alınması gerekir.

Konuya dair somut çözümlere gelince; öncelikle belirtmek gerekir ki, iş ilişkisinin devami sırasında düzenlenen ibra sözleşmeleri geçerli değildir. İşçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak ya da bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesini imzalamaya yönelmiş sayılmalıdır.

İbra sözleşmesi, varlığı tartışmasız olan bir borcun sona erdirilmesine dair bir yol olmakla, varlığı şüpheli ya da tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona ermesi de mümkün olmaz. Bu nedenle işveren tarafından işçinin hak kazanmadığı ileri sürülen bir borcun ibraya konu olması düşünülemez. Savunma ile çelişen ibra sözleşmelerinin geçersiz olduğu yönünde Yargıtay uygulaması istikrar kazanmıştır.

Miktar içeren ibra sözleşmelerinde ise, alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borç ifa yoluyla sona ermiş olur. Buna karşın kısmi ödeme hallerinde Dairemizin kökleşmiş içtihatlarında ibraya değer verilmemekte ve yapılan ödemenin makbuz etkisinde olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise, trafik kazalarından kaynaklanan tazminat davaları yönünden 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 111. mad-

sözcükleriyle ifade edilmiştir. Yargıtay'ın eski tarihli içtihatlarına göre, ibranamede miktarın belirtilmemiş olması onun geçersizliğini göstermez. Miktar gösterilmişse, ibranameyi o miktarla sınırlı olmak üzere geçerli saymak, yani makbuz niteliğinde görmek gerekir. Yargıtay'a göre, sadece "hiçbir alacağım kalmadı" ya da "tüm haklarımı aldım" şeklinde açıklama içeren ibranamelerin bulunması halinde dava reddedilemeyeceği gibi⁸³; ibranamede hak türleri sayılmak ve kuruşlandırılmak suretiyle hiçbir alacağın kalmadığının belirtilmesi karşısında, davadan feragat şeklinde bir hüküm yer almıyorsa, davanın reddine karar verilemez⁸⁴. Buna karşılık, ibranamede dava hakkından vazgeçtiği açık ve kesin şekilde beyan edilmişse, buna itibar edilmelidir⁸⁵. Diğer taraftan ibranameler, genellikle salt ücret alacağını değil, işçilerin işverene karşı sahip oldukları fazla çalışma ücretini, yıllık izin ücreti alacağını ve diğer bazı tazminat türü alacaklarını da kapsarlar. Bu durumda, **ibranamede sona erdirilmek istenen alacaklar açıkça belirtilmeyip genel bir anlatımla yetinilmişse, ibranamenin dar yorumlanması gerekir**⁸⁶. Ayrıca, iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı olan haklara ilişkin olarak düzenlenen ibranamelerin geçerli sayılması, **iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra düzenlenmesine bağlıdır**. Henüz doğmamış işçilik haklarının

desinin uygulaması çerçevesinde, gerçek zarar ile yapılan ödeme arasında açık oransızlık bulunması durumunda ibra belgelerine değer verilmeyeceğini kabul etmektedir. (Yargıtay 11. H.D. 11.03.2004 gün 2003/7655 E., 2004/2411 K.) 2918 Sayılı Yasanın 11. maddesinde, <Bu Kanunla öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. Tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir> şeklinde kurala yer verilmiş olup, benzer bir çözüme Yargıtay'ca iş kazalarından doğan tazminat davalarında da gidildiği görülmektedir. (Yargıtay HGK 07.12.2005 gün 2005/21-665 E., 2005/712 K.)

Somut olay yönünden miktar içermeyen ve savunma ile çelişkili olan fazla mesai ücreti yönünden genel nitelikteki ibranameye itibar edilmesi hatalıdır. Mahkemece yapılacak iş davacının fazla çalışma alacağını hesaplayarak kabulüne karar vermektir.", **Y9HD.**, 21.03.2008, E. 2007/13059, K. 2008/5588, **Sinerji**; İşveren Yargıtay Kararları Özel Eki, C. 47, S. 2, Kasım 2008, s. 23-25.

⁸³ **Y9HD.**, 01.03.1999, E. 1999/2427, K. 1999/3759, **Sinerji**.

⁸⁴ **Y9HD.**, 13.05.1997, E. 1996/3755 K. 1997/8805, **Sinerji**.

⁸⁵ **YHGK.**, 16.04.1997, E. 1997/9-86 K. 1998/339, **Sinerji**; **YHGK.**, 24.11.1999, E. 1999/9-968, K. 1999/983, **Sinerji**; **Y9HD.**, 18.02.2003, E. 2003/24164, K. 2003/1808, Legal İHD, S. 3, 2003, s. 1074-1075.

⁸⁶ **Tunçomağ**, s. 238; **İnce**, s. 231-232; **Çil**, s. 711.

ortadan kaldırılmasına yönelik ibranameler geçersizdir⁸⁷. **Nihayet, ibranamelerin kendi içeriği ile çelişik beyanlar içermemesi gerekir.** Hem işçinin sözleşmeyi kendisinin feshettiğine, hem de ihbar ve kıdem tazminatlarını aldığına ilişkin çelişkili ifadeler içeren ibranameler gibi her türlü hakların ödendiğini belirtmesine karşın sonradan ödeme yapıldığı anlaşılan ibranamelere değer verilemez.

8. Yemin

Medeni Usul Hukukunda kesin delillerden biri de yemin delilidir. Yemin, taraflardan birinin, bir vakıanın doğru olup olmadığı hakkında, Allah'ı tanık gösterip, namus ile teyit ederek beyanda bulunmasıdır. Yemin edilirse artık o vakıa hakkında başka delil gösterilmesine gerek yoktur⁸⁸. Yemin, biri taraf yemini (kesin yemin), diğeri ise resen yemin (hakimin teklif ettiği tamamlayıcı yemin) olarak iki kısma ayrılır⁸⁹.

Taraf yemini (kesin yemin), ispat yükü kendisine düşen tarafın davanın halline etkili bir vakıanın ispatı için diğer tarafa teklif ettiği yemindir (HUMK.m. 344). Burada, yemin teklif edecek taraf, ispat yükü kendisine düşen fakat iddiasını veya savunmasını ispat edememiş olan taraftır. Bu delille genellikle, diğer delillerle iddianın veya savunmanın ispatlanamaması halinde son çare olarak başvurulur. Zira, yemin delilinin gücü, tamamen karşı tarafın yeminden korkup korkmamasına ve onun dini ve ahlaki inançlarına bağlıdır⁹⁰. Kesin delille ispatı zorunlu olan bir vakıa (HUMK.m.288,290), kesin delillerle ispat edilemezse, ispat yükü kendisine düşen taraf, takdiri delil (örneğin tanık) ile değil ancak yemin delili ile iddiasını ispat edebilir⁹¹. Yargıtay da, "...ispat külfeti kendisine ait olan davalı yemin deliline de dayandığından davacıya bu konuda yemin teklif edip etmeyeceği hatırlatılmadan ücret alacak isteğinin hüküm altına alınması hatalı olup bu nedenle karar bozulmalıdır."⁹² gerekçeleriyle taraf yeminine (kesin yemine) vurgu yapmıştır. Aynı yöndeki bir diğer kararında da Yargıtay, "*Davacının ücretlerinin ödendiğini kanıtlama yükümlülüğü davalıya aittir. Davalının bu hususu yazılı delillerle kanıtlaması gerekir. Eğer uzun süre ücret ödendiğini yazılı belgelerle kanıtlayamıyorsa davalı bu konuda davacıya yemin teklif edebileceği gibi mahkemece de resen yemin teklif edilebilir. Mahkemece bu*

87 **Y9HD.**, 26.02.1971, E. 644, K. 2561; **Y9HD.**, 25.2.1977 T. E. 2348 K. 5197.

88 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 290.

89 **Üstündağ**, s. 563.

90 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 290.

91 Bkz. **Üstündağ**, s. 563-569; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 291; **Günay**, s. 385.

92 **Y9HD.**, 27.01.2003, E. 2002/12787, K. 2003/789, **Çil**, s. 772.

hususlar nazara alınmadan yazılı şekilde ücret alacağının reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."⁹³ demek suretiyle ispat hukuku açısından önce taraf yeminine, sonra da tamamlayıcı yemine başvurulmamasını bir bozma nedeni olarak görmüştür.

Hakim tarafından (resen) teklif olunan (tamamlayıcı) yemin ise, hakim bir davada gösterilen bütün delilleri incelemesine rağmen, dava konusu olay hakkında tam bir kanaate ulaşamaması halinde, taraflardan birine, kanaatini kuvvetlendirmek için verdiği yemindir. Bu yemin, HUMK.m 355-362 arasında düzenlenmiştir. Bu tür yemin için, "iddia olunan hususun kesin delillere ispat edilememiş olması" ve "iddia olunan hususun ispatı için gösterilen delillerin hüküm verilebilecek derecede hakimi ikna edememesi" koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir (HUMK.m.356).

Yemin deliline dayanılabilmek ancak, ya tarafların delil listelerinde açıkça bu delili belirtmeleri veya davacının dava dilekçesinde, davalının da cevap dilekçesinde yemin deliline dayanmaları veya uygulamada kabul edildiği şekliyle sair deliller ifadesine yer verilmesi ile mümkündür⁹⁴. İspat külfeti kendisinde olmayan tarafın karşı tarafa yönelttiği yemin hukuki sonuç doğurmaz.

Kesin delillerden olan yemin, paraya dair alacaklarda pek kullanılmamaktadır ancak Yargıtay, bir tarafın yemin teklif etmesi durumunda bu isteğin kabul görmemesini bozma nedeni saymaktadır⁹⁵.

C. İŞVERENİN ÜCRET ÖDEDİĞİNİ TANIKLA İSPAT EDİP EDEMEYECEĞİ

Genellikle, yazılı belge ile ispatın mümkün olduğu hallerde tanık deliline gerek kalmaz. İş uyuşmazlıklarının özel niteliği dolayısıyla, yazılı belge olması durumlarında bile tanık dinlenebilir. Özellikle, işgörme borcu kapsamında fazla çalışma yapıldığının ileri sürülmesi halinde, fazla çalışmanın

⁹³ **Y9HD.**, 18.10.2004, E. 2004/7006, K. 2004/23275, **Sinerji**.

⁹⁴ "Alacak miktarı nazara alındığında, davalının ödeme savunmasını; kesin delillerle veya ancak davacının açık muvafakati halinde takdiri delillerle, ispatı gerekmektedir. İspat yükü kendisinde bulunan davalının dayandığı tek delil tanık delili olup, yargılama aşamasında sadece ve açıkça tanık deliline dayanmış; duruşmada ve cevap dilekçesinde başka hiçbir delil bildirmemiştir. Durum böyle olunca ispat yükü üzerinde bulunan davalının yemin teklif etme hakkının varlığından söz edilemez ve dolayısıyla da hakimin olmayan bir hakkın varlığını hatırlatması da düşünülemez.", **YHGK**, 24.01.2007, E. 2007/3-29, 2007/19, **Sinerji**. Ayrıca bkz. **Üstündağ**, s. 566-567.

⁹⁵ **Y9HD.**, 24.02.2005, E. 13837, K. 6310; **Y9HD.**, 09.12.2004, E. 19105, K. 27079, **Evren**, s. 114, dn. 2.

yapıldığı gün ve saatin tanıkla ispatlanması mümkündür ve hatta bir ölçüde zorunludur. Ancak, burada, göz önünde tutulması gereken nokta, yaşam deneyimleri ile olayların akışına aykırı tanıkların kabul edilmemesi; tanık sözlerinin, olabildiği ölçüde öteki kanıtlarla karşılaştırılarak değerlendirilmesidir.

Ücretin ödendiğinin ispatına yönelik uyumsuzluklarda tanık deliline dayanarak karar verilip verilemeyeceği de son derece önemlidir. Hemen belirtelim ki, ücret ödeme borcu bir para borcu olduğu için, para borçlarının ödendiğinin tanıkla ispatı HUMK .m.288 ve İş K. m.39 gereği mümkün değildir⁹⁶. Asgari ücretin, senetle ispatın zorunlu olduğu sınırın üstünde olması da bu tür bir durumu zorunlu kılmaktadır⁹⁷. Ancak HUMK.m.289’da yer alan “288 inci madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda yukarıdaki hükümler hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakatı halinde tanık dinlenebilir.” hükmü gereği belli şartlarla tanık dinlenmesi yoluyla da ücret ödendiğinin ispatlanması mümkün olabilir. Bu şartlar, bir Yargıtay İctihadi Birleştirme Kararı’nda açıklığa kavuşturulmuştur: “Değeri belli miktarı aşan hukuki muamelelerin şahitle ispatı yasağına ilişkin esasların amme intizamı düşüncesiyle kanuna konulmuş hükümlerden olmadıklarına ve ancak yazılı mukavele ile veya duruşma zabtında usule uygun olarak tevsik edilmiş bulunan ikrar ile sabit olan açık bir muvafakat bulunduğu takdirde sadece belli şahitlerin mahkemece dinlenebilir”⁹⁸. Buna göre, yazılı bir sözleşme veya duruşma zabtında usule uygun olarak tevsik edilmiş bulunan ikrar ile sabit olan açık bir muvafakat bulunduğu takdirde, değeri belli miktarı aşan para borçlarının da tanıkla ispatlanması mümkündür.

Yargıtay, sözü edilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini büyük bir titizlikle araştırmakta ve gerçekleşmemişse tanıkla ispata imkan tanımamaktadır: “Taraflar arasındaki hukuki işlemin ispatı için herhangi bir yazılı delil ibraz edilmemiştir. Ancak, davacı taraf tanık dinletmek istemiş ve davalı da karşı tanıklarını göstermiştir. HUMK. nun 289 uncu maddesinde öngörülen hususlar yerine getirilmemiştir. Davalının yargılama ve temyiz aşamalarındaki savunmasına göre, iddianın tanıkla ispatına izin verilmediği sonucuna varılması gerekmiştir. Bu durumda, davacının iddiasını tanıkla ispatı olanaksızdır. Hal böyle olunca, tanık beyanlarına göre karar verilmesi usule aykırıdır.

Ancak, davacı taraf iddiasını ispat için dava dilekçesine ... “v.s. kanuni

⁹⁶ Günay, s. 385; Çil, s. 711.

⁹⁷ Bkz. Evren, s. 117-118.

⁹⁸ YİBK., 18.3.1959, E. 1958/18, K. 1959/21, Sinerji.

delil” demek suretiyle yemin deliline de dayandığı gözlenmiştir. O halde, mahkemece, davacı tarafa iddiasını ispat için yemin teklif hakkı hatırlatılarak sonucu çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, bu yönün gözardı edilmesi doğru görülmemiş ve hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.”⁹⁹. Görüldüğü üzere, kesin delillerle (senetle) ispatlanması gereken bir uyuşmazlık, karşı tarafın rıza göstermesi halinde tanıkla da ispatlanabilir.

Yargıtay, “Para borcu olan ücretin ödendiğinin tanıkla ispatı mümkün değildir”¹⁰⁰ demek suretiyle, ücret borcunun ödendiğinin kural olarak tanıkla ispat edilemeyeceğini karara bağlamıştır¹⁰¹. Ancak çok uzun süre ücret ödenmemesi hayatın olağan akışına aykırı olduğu için, hakimce resen yemin teklifinde bulunabilir¹⁰².

Aynı şekilde Yargıtay, yıllık izin ücreti alacağı gibi işçi alacaklarının işveren tarafından **izin defteri veya buna benzer yazılı belgelerle ispatlaması gerektiğini** kabul etmektedir: “Davacı işçi, ihbar ve kıdem tazminatları yanında yıllık izin ücreti talebinde de bulunmuştur. Mahkemece bu talebinde reddine karar verilmiştir. Dosya arasında bulunan gerek kasa tediye makbu-

⁹⁹ **Y11HD.**, 02.04.1996, E. 1996/289, K. 1996/2331. “HUMK.'nun 290. maddesine göre, senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı def'i olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler, tanıkla ispat olunamaz. Tanık dinlenebilmesi için anılan yasanın 289. maddesi uyarınca, diğer tarafın açık muvafakati bulunmalıdır. Davalının bu yönde muvafakati bulunmadığından tanık beyanlarına dayanarak hüküm kurulamaz. Ancak dava dilekçesinde her türlü delil demek suretiyle yemin deliline de dayanıldığı anlaşıldığından davacıya, davalı tarafa yemin teklifine hakkı olduğu hatırlatılarak, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu yönler gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmediği gibi, istirdat davasında tazminat öngörülmediğinden davacı lehine tazminata hükmedilmesi de usul ve yasaya aykırıdır.”, **Y19HD.**, 19.04.2001, E. 2000/8271, K. 2001/3027, YKD, Nisan 2003.

¹⁰⁰ **Y9HD.**, 27.10.1969, E. 8230, K. 10293.

¹⁰¹ “Davacı, dava dilekçesinde fazla mesai ve hafta tatili ile bayramlarda yaptığı çalışmalarının karşılığının ödenmediğini iddia ederek istekte bulunmuştur. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, davacının gerçekten fazla mesai yapıp yapmadığı, yapmış ise, kaç saat olduğunu ve keza, bayram ve hafta tatillerinde çalışıp çalışmadığını araştırıp tespit etmek ve gerçekleştiği takdirde bu isteklerin ödendiği davalı işveren tarafından yazılı belge ile kanıtlanmadıkça tahsile karar vermekten ibarettir. **Bu konulardaki ödeme savunması tanıkla kanıtlanamaz.** Aksine düşünce ile yazılı şekilde bu isteklerin de reddedilmiş olması isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.”, **Y9HD.**, 18.05.1993, E.1992/14077, K.1993/8562, **Sinerji**.

¹⁰² **Y9HD.**, 22.12.1997, E. 1997/17344, K. 1997/21884, **Çil**, s. 711.

zunda ve gerekse ibra sözleşmesi fotokopisinin incelenmesinde yıllık ücretli izin alacağına ödendiğine dair bir kayda yer verilmiş değildir. Yıllık ücretli izin alacağına ödendiğinin davalı işverence izin defteri veya buna benzer yazılı belgelerle kanıtlanması gerekir. Mahkemenin bu hususta bir araştırma ve inceleme yapmadan davacının bu isteğinin de ibranameye dayanarak reddine karar vermiş olması hatalıdır”¹⁰³.

Yargıtay, ücret miktarının tespiti konusunda ise, tanık beyanlarının delil niteliği taşıdığını karara bağlamaktadır: “...Davacı işçinin aylık ücretinin miktarı taraflar arasında tartışmalıdır. Davalı işveren davacının imzasını taşıyan aylık ücret bordrolarına dayanmış, davacı ise ücretin bordroda gösterilenden daha yüksek olduğunu ileri sürmüştür. Mahkemece davacının iddiasına değer verilerek yapılan hesaplama göre istek konusu kıdem tazminatı ile diğer işçilik haklarının kabulüne karar verilmiştir. **Davacı tanıkları ücret konusunda davacının iddiası doğrultusunda anlatımda bulunmuşlarsa da aynı nedenle iş sözleşmesi sona eren kişiler olmaları sebebiyle salt bu anlatımlara göre sonuca gidilmesi doğru olmaz. Diğer yandan davalı tanıkları bordrolarda geçen ücreti doğrulamışlardır. Böyle olunca bordrolarda yazılı olan ücrete itibar edilerek davaya konu tazminat ve diğer işçilik hakları hesaplanmalıdır. Mahkemece, gerekirse bilirkişiden bu yönde ek rapor alınarak sonuca gidilmelidir...**”¹⁰⁴.

D. SOMUT OLAY AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLME

Karardan anlaşıldığı kadarıyla, somut olayda, davalı işveren davacı işçinin ücretlerini avans olarak ve eşinin açtığı banka hesabına yatırmak sureti ile ödediğini ileri sürmüştür. Bu gibi ücretin banka hesabına ödenmesi durumunda yapılması gereken, banka kayıtları ile imzasız ücret bordrolarının ve icmal tahakkuk belgelerinin karşılaştırılması ile sonuca gidilmesidir. Yoksa, ücret bordrolarında işçinin imzasının bulunmadığı gerekçesiyle, ücretlerin ve fazla çalışma ücretlerinin ödenmediği sonucuna ulaşılması isabetli olmaz. Zira, ücretin bankaya yatırılması halinde ücret ödendiğinin banka kayıtlarıyla ispat edilmesi bir zorunluluktur.

Dava konusu uyuşmazlıkta da ücret banka hesabına ödendiği için, yapılması gereken, ücret bordrolarının imzalı veya imzasız olduğuna bakmak değil, banka kayıtlarıyla hak edilen alacakların karşılaştırılması ile ücret alacağına bulunup bulunmadığını tespit etmektir.

Yargıtay da, isabetli olarak, burada söz konusu bordroların banka hesap hareketleri ile karşılaştırılması ile bir sonuca ulaşılması gerektiğine vurgu

¹⁰³ **Y9HD.**, 10.10.2000, E. 2000/8598, K. 2000/13618, **Sinerji**.

¹⁰⁴ **YHGK**, 27.04.2005, E. 2005/9-260, K. 2005/283, **Sinerji**.

yapmaktadır. Şayet bu şekilde kesin sonuca ulaşılamaz ve davalı işveren tarafından yemin deliline de başvurulmaz ise, uyuşmazlığın çözümü açısından hakimin tamamlayıcı yemin deliline başvurması gerektiğine işaret edilmektedir. Gerçekten, banka kayıtlarıyla imzasız ücret bordrolarının ve icmal tahakkuk belgelerinin karşılaştırılmasına rağmen uyuşmazlığın çözümü açısından hakimin bir kanaate ulaşamaması halinde, hakimin tamamlayıcı yemin deliline başvurması gerekir. Uyuşmazlık konusu husus, hem kesin delillerle ispat edilememiş hem de gösterilen deliller hüküm verilebilecek derecede hakimi ikna edememiş ise, hakimin kanaatini kuvvetlendirmek için taraflardan birine tamamlayıcı yemin teklif etmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle, ilk derece mahkemesinin, tamamlayıcı yemin deliline başvurmaması da ispat açısından bir eksiklik olarak görünmektedir. Yüksek mahkeme de, yerel mahkemenin bu olguyu dikkate almamasını hatalı bir tutum olarak görmektedir.

IV. SONUÇ

İşçinin açmış olduğu ücret, fazla çalışma ve tazminat alacaklarına ilişkin bir davada, işverenin ücret ödemesini bankada açılmış hesaba yaptığı durumlarda, yerel mahkemenin, imzalı olmadığı için bordroları dikkate almadan, bordro ve icmal tahakkuk belgelerini banka kayıtlarıyla karşılaştırmadan (banka kayıtları ve bordroları göz önünde bulundurmada) ücretin ödenmediğine hükmetmesi isabetsiz görünmektedir. Bu bağlamda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, ilk derece mahkemesinin kararını, ücretin banka hesabına ödendiği uyuşmazlıklarda banka kayıtlarının ve imzasız ücret bordrolarının karşılaştırılarak bir sonuca gidilmesi, bununla da sonuca ulaşılamıyorsa, hakimin kanaatini kuvvetlendirmek için tamamlayıcı yemin deliline başvurarak uyuşmazlığı çözmesi gerektiği gerekçeleriyle bozmuştur. Yargıtay'ın sözü edilen gerekçelerle yerel mahkemenin kararını bozmasını isabetli buluyor, karara katılıyorum.

CEMAATLERE (AZINLIKLARA) AİT VAKIFLARIN TAŞINMAZ MAL EDİNMELEİ SORUNUNDAKİ SON HUKUKİ DURUM

*Yrd. Doç. Dr. Murat AYDOĞDU**

ÖZET

Bu çalışmamızda, Ülkemizde uzun yıllar tartışma konusu olan azınlık (cemaat) vakıflarının taşınmaz mal edinmelerindeki son durum ele alınacaktır.

Vakıf, kelime olarak “*tutmak, alıkoymak hapsetmek*”, hukuki kavram olarak ise, bir malın menfaatlerini hayır amaçlı kullanmak ve tutmak anlamına gelmektedir.

Türkiye Cumhuriyetinin kurulmasından önce Osmanlı Devleti uyruğundaki müslüman olmayanların kurduğı cemaatlere (azınlıklara) ait vakıfların taşınmaz mallar edinmeleri konusu, Ülkemizde uzun yıllar tartışma konusu olmuştur. Avrupa Birliğı’ne uyum yasaları çerçevesinde çıkarılan Kanunlarla, Vakıflar Kanununda yapılan değışikliklere rağmen tartışmalar sona ermemiş ve yeni düzenlemeler yapılmak istenmiştir. Cemaat vakıflarıyla ilgili son değışiklikleri de içeren TBMM Genel Kurulunda 09.11.2006 tarihinde kabul edilen 5555 sayılı Vakıflar Kanunu, 10. Cumhurbaşkanı tarafından veto edilmiş olup, veto edilen bu Yasa, 17.01.2008 tarihi itibarıyla, TBMM Adalet Komisyonunda aynen kabul edilerek Genel Kurula gönderilmiş ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu olarak kabul edilmiştir. Bu arada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin azınlık (cemaat) vakıfları hakkında Türkiye aleyhindeki Ocak 2007 tarihli kararı da önemli bir gelişme olarak karşımıza çıkmaktadır.

Osmanlı Devleti döneminde müslüman olmayanların kurduğı hayır amaçlı cemaatler, bilinen anlamıyla vakıf olmadıklarından vakıf senetleri yoktu. Dolayısıyla Osmanlı hukukuna göre tüzel kişilikleri olmadığından, mallar, genellikle din adamları, cemaatin güvenilir kişileri, namı müstear (takma ad) veya namı mevhum (bilinmeyen kişiler) denilen kişiler üzerine kayıt edilirdi. Bu durum, hukuki anlamda sorunların kaynağı olarak görülebilir. Nitekim durumun düzeltilmesi için Osmanlı Döneminde çıkarılan 13

* D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Şubat 1912 tarihli Kanun da sorunlara çözüm bulamamıştır. Lozan Anlaşmasının müslüman olmayan cemaatleri azınlık olarak nitelemesi karşısında, sorun değişik bir boyut kazanmıştır. Çalışmamızda bu sorunun çözümü için öngörülen düzenlemeler hakkında açıklamalar yapılacaktır.

ANAHTAR KELİMELELER: Vakıf, 2762 sayılı Vakıflar Kanunu, 5555 sayılı Vakıflar Kanunu Tasarısı, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu, Lozan Anlaşması, Cemaat (Azınlık) Kavramı, Cemaat (Azınlık) Vakıfları, Mazbut Vakıflar, Mülhak Vakıflar, Esnaf Vakıfları, Vakıflar Genel Müdürlüğü.

I. GENEL BİLGİ

Bu çalışmamızda, Ülkemizde uzun yıllar tartışma konusu olan azınlık (cemaat) vakıflarının taşınmaz mal edinmelerindeki son durum ele alınacaktır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununa göre vakıf (m.101/D), “gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları”dır¹. Vakıflarda üyeliğin

¹ Yasal tanımdan daha önceki doktriner tanımlar da aynı yöndeydi. Bu tanımlar ve vakfın unsurları hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2002, s.659 vd.; AKINTÜRK, Turgut: Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Medeni Hukuk, 9. Bası, İstanbul 2003, s.213 vd.; AKÜNAL, Teoman: Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, I, İstanbul 1995, s.4 vd.; ATEŞ, Turan: Medeni Kanun’da Vakıflar, Legal Hukuk Dergisi, Sayı 35, Kasım 2005, s.3977 vd.; AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen: Kişiler Hukuku, Konya 2007, s.179 vd.; BALLAR, Suat: Yeni Vakıflar Hukuku, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul 2000, s.4 ve s.24 vd.; DOĞAN, Murat: Vakıflarda Malvarlığı, Ankara 2000, s.7 vd.; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2006, s.328 vd.; EM, Ali: Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar, Ankara 2006, s.1 vd.; EGGER, A.: İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Kişinin Hukuku, 2. Kısım, Tüzel Kişiler, Çeviren Volf ÇERNİS, Ankara 1948, s.148 vd.; GENÇCAN, Ömer Uğur: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama, İçtihatlar-İlgili Mevzuat, Madde 1-351, Ankara 2004, s.564 vd.; GENÇCAN, Ömer Uğur: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’na Göre Vakfın Kuruluşu, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı 121, 15 Şubat 2004 (Kıs.Vakıf), s.15 vd.; GRÜNINGER, Harold: Herausgeber HONSELL/VOGT/GEİSER, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB, 2.Auflage, Basel-Genf-München 2002, Vorbemerkungen Art.80-89bis, Nr.1 vd.; GUTZWILLER, Max: Schweizerisches Privatrecht, 2. Band-Einleitung und Personenrecht, Basel und Stuttgart 1967, s.574-575; HATEMİ, Hüseyin: Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul 2001 (Kıs.Kişiler), §12, Kn.1 vd.; HELVACI, Serap/ERLÜLE, Fulya: Medeni Hukuk, İstanbul 2007, s.169 vd.; İNAN, Ali Naim: Medeni Hukuk, Ankara 2005, s.171 vd.; İŞERİ,

olmayacağına ilişkin hüküm (MK. m.101/III) ise Anayasa Mahkemesi tarafından yakın zamanda iptal edildiğinden², bugün için vakıflarda üyelik olanaklıdır. Ancak doktrinde, vakıfların tanımda da yer aldığı üzere mal topluluğu biçiminde örgütlendiği, vakıflarda üyeliğin tip bozulmasına yol açtığı görüşleri de mevcuttur³.

Vakıf, kelime olarak “*tutmak, alıkoymak hapsetmek*” anlamına gelmektedir. Hukuki kavram olarak ise, bir malın menfaatlerini hayır amaçlı⁴ kullanmak ve tutmak anlamına gelmektedir⁵.

Ahmet: Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf (Tesis), Ankara 1968 (Kıs.Vakıf), s.17 vd.; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Hukuk, Temel Bilgiler, Ankara 2004, s.231 vd.; KNELLWOLF, A. Peggy: ZGB für den Alltag, Kommentierte Ausgabe aus der Beobachter-Beratungspraxis, Zürich 2007, Art.80, s.106 vd.; OCAK, Nazmi: Vakıf Çeşitleri ve Ticari İşletme İşleten Vakıfların Tacir Sıfatı, Prof. Dr.Şakir BERKİ'ye Armağan, Konya 1996, s.237 vd.; OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY, Saibe: Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2002, s.264 vd.; ÖZDAMAR, Demet/DEĞER, Senem/UÇKAN, Mertkan: 5555 sayılı Yeni Vakıflar Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme, EÜHFD, C.II, S: 1-2 (2007), s.140; ÖZSUNAY, Ergun: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler ve Vakıflar, İstanbul 1982, s..353 vd.; ÖZTAN, Bilge: Tüzel Kişiler, Ankara 2001, s.107 vd.; ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2002, s.352 vd.; ÖĞÜZ, Tufan: Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları, İstanbul 2007 (Kıs.Vakıf), s.1 vd.; PEDRAZZINI, Mario M.: Grundriss des Personenrechts, Bern 1982, s.194 vd.; RIEMER, Hans Michael: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Systematischer Teil und Art.80-89bis ZGB, Band I-Einleitung und Personenrecht, 3.Abteilung-Die juristischen Personen, 3. Teilband-Die Stiftungen, Bern 1975 (Kıs. ZGB-Stiftungen); SEIFART, Werner: Handbuch des Stiftungsrechts, München 1987, §7, Rn.1 vd.; ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M.Beşir/GÖKYAYLA, Emre: Medeni Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Ankara 2000, s.637 vd.; ZEVKLİLER, Aydın/HAVUTCU, Ayşe: Medeni Hukuk, Temel Bilgiler, Ankara 2005, s.200 vd.

² Anayasa Mahkemesinin iptal kararı için bkz. 17.4.2008, E.2005/14, K.2008/92, RG.28.06.2008, S: 26920.

³ Bu konuda bkz. ÖĞÜZ, Vakıf, s.5 ve s.80 vd.

⁴ Vakıf kavramı, eski çağlardan beri, dinsel kaynaklı olarak, hayır amaçlı ortaya çıkmıştır. Nitekim Vakıflar, İslâm hukukunun etkisiyle son derece gelişme göstermiştir. Ayrıca Eski Türkler'de de vakıf örneklerine rastlanmaktadır. Keza Eski Yunan'da, Budizmde ve Roma-Cermen hukuklarında da vakfa rastlanmaktadır. Yani bilinenin aksine vakıflar, sadece İslâmiyete ve Türklere özgü değildir. Ancak İslâmiyet ve Türkler ile vakıflar zir-

Osmanlı Devleti uyruğundaki cemaatlere (azınlıklara) ait vakıfların taşınmaz mallar edinmeleri konusu, Ülkemizde uzun yıllar tartışma konusu olmuştur. Avrupa Birliği'ne uyum yasaları çerçevesinde⁶ çıkarılan Kanunlarla Vakıflar Kanununda yapılan değişikliklere rağmen tartışmalar sona ermemiş ve yeni düzenlemeler yapılmak istenmiştir. Cemaat vakıflarıyla ilgili son değişiklikleri de içeren TBMM Genel Kurulunda 09.11.2006 tarihinde kabul edilen 5555 sayılı Vakıflar Kanunu, 10. Cumhurbaşkanı tarafın-

veye ulaşmıştır. Bu konuda bkz. HATEMİ, Hüseyin: Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul 1969 (Kıs. Vakıf Kurma), s.19 vd. ile s.130 vd; OĞUZOĞLU, H. Cahit: Medeni Hukuk, I, Şahsın Hukuku, Ankara 1956, s.388-389; SAYMEN, Ferit H.: Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Şahsın Hukuku, İstanbul 1960, s.30 vd. özellikle s.434-435; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, Cilt I, Cüz 2, Şahsın Hukuku, İstanbul 1963, s.256-257. Kanımca, vakfa, Türklerin de sahip çıkmasının ve binlerce vakıf kurmasının altında, İslâm öncesi Türk geleneğinde de vakıf kurmanın var olması gösterilebilir.

- 5 AKİPEK/AKINTÜRK, s.514; AKINTÜRK, s.215; EM, s.4; BALLAR, s.4; BERKİ, Ali Himmet: Vakıflar, 2.Bası, İstanbul 1946 (Kıs. Vakıflar, 2. Bası), s.3 vd.; BERKİ, Ali Himmet: Vakıflar, 2.Kitap, Medeni Kanunda Tesis ve Vakıflar Kanunu Hükümleri, Ankara 1950 (Kıs. Vakıflar), s.5 vd.; BERKİ, Ali Himmet: Vakfa Dair Yazılan Eserlerle Vakfiye ve Benzer Vesikalarda Geçen İstilah ve Tabirler, Ankara 1966 (Kıs. İstilah), s.54; HATEMİ, Kişiler, §11, Kn.27-28; İŞERİ, Ahmet: Medeni Kanun Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkındaki Tüzük Üzerine Bir İnceleme, Prof.Dr. H. C. OĞUZOĞLU'na Armağan, Ankara 1972 (Kıs. İnceleme), s.291; OCAK, s.237-238; KAZICI, Ziya: Osmanlı Vakıf Medeniyeti, İstanbul 2003, s.33 vd.; OĞUZOĞLU, s.384; ÖZDAMAR/DEĞER/UÇKAN, s.140; ÖZTAN, Tüzel Kişiler, s.108-109; SAYMEN, s.426; ÜÇÖK, Coşkun/MUMCU, Ahmet /BOZKURT, Gülnihal: Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2006, s.148-149; VELİDEDEOĞLU, s.256; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.638.
- 6 Avrupa Birliği ülkelerinde de vakıflar hakkında ortak bir uygulama bulunmamakla birlikte, yakın zamanda ortak bir Kanun hazırlama çalışmaları yapılmaktadır. Bu amaçla hazırlanan "*Vakıflar İçin Avrupa Kanunu Hakkında Tüzük Tasarısı*" 2004 yılında yayımlanmış, Ocak 2005 yılında gözden geçirilmiştir. Bu konu hakkında bkz. ALTUNKAYA, Mehmet: *Vakıflar Kanunu Tasarısı Üzerine Düşünceler*, Prof.Dr. Hüseyin ÜLGEN'e Armağan, II. Cilt, İstanbul 2007, s.1679 ve dn.3; OZANOĞLU, Hasan Seçkin: "*Avrupa'da Vakıflar Hukuku Alanında Gelişmeler, Özellikle Avrupa Vakıflar Kanunu Tasarısı*" Prof. Dr. Fikret EREN'e Armağan, Ankara 2006, s.774 vd. Ocak 2005 tarihli Tasarının son hali için Yazarın da belirttiği gibi (s.774, dn.6) bkz. www.efc.be/ftp/public/EU/LegalTF/european_s_tatute.pdf. (e.t.05.01.2008).

dan veto edilmiş olup⁷, veto edilen bu Yasa, 17.01.2008 tarihi itibarıyla, TBMM Adalet Komisyonunda aynen kabul edilerek Genel Kurula gönderilmiş⁸ ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu⁹ olarak aynen kabul edilmiştir¹⁰. CHP, ana muhalefet partisi olarak bu Kanunun 9 maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla ve yürürlüğün durdurulması istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur¹¹.

Çalışmamızda öncelikle, cemaatler (azınlıklar) kavramının hukuken ne anlama geldiği açıklandıktan sonra, cemaatlere ait taşınmaz mal edinme ve mülkiyet sorununun tarihi gelişimine değinilecek, ardından bu sorunla ilgili son hukuki duruma değinilecektir. Bu arada, TBMM'de bekleyen son Vakıflar Kanunu Tasarısı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin cemaat vakıfları hakkında Türkiye aleyhindeki Ocak 2007 tarihli kararına da çalışmamızda değinilecektir.

II. CEMAATLER (AZINLIKLAR) KAVRAMI

Cemaatler (azınlıklar) kavramı, Lozan Anlaşmasından sonra farklı bir boyuta geldiğinden, Lozan Anlaşmasından önceki ve sonraki durumu ayrı ayrı ele almak gerekir.

Lozan Anlaşmasından önceki Osmanlı Döneminde, Osmanlı egemenliği altında yaşayan topluluklar, mezhep veya dinlerine göre yönetim tarafından gruplandırılmış ve her bir gruba millet veya cemaat adı verilmiştir. Müslüman çoğunluğun (İslâm milletinin) yanında çeşitli dinlere mensup bağımsız dini zümre veya milletler cemaat olarak kabul edilmiştir. Millet sistemi, çok

⁷ Veto gerekçeleri hakkında bkz. www.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0024.pdf. (e.t.18.10.2007).

⁸ Bu konudaki haber için bkz. www.hurriyet.com.tr/gundem/8043788.asp?gid=180&sz=48304 (e.t.17.01.2008).

⁹ 5737 sayılı Yasa için bk. RG. 27.02.2008, S: 26800. Yasa hakkındaki tutanak ve raporlar için bk. www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss98m.htm (e.t.01.03.2008).

¹⁰ Bu konudaki haberler için bkz. www.kenthaber.com/Arsiv/Haberler/2008/Subat/20/Haber_337351.aspx (e.t.29.02.2008); www.ntvmsnbc.com/news/437173.asp, e.t. 29.02.2008); www.cnnturk.com/TURKIYE/haber_detay.asp?PID=318&haberID=430325, (e.t.29.02.2008).

¹¹ Bu konuda bkz. arsiv.sabah.com.tr/2008/03/25/haber_101C4D6D6A5C4F50AB52380AAAE2617E.html(e.t.26.03.2008); <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=41512&l=1>, e.t.24.03.2008. Ayrıca CHP'nin başvuru dilekçesinin tam metni için bkz. <http://www.cafesiyaset.com/haber/20080325/CHPnin-Vakiflar-itarazi-ne.php>, e.t.25.3.2008. Anayasa Mahkemesinden henüz (01 Temmuz 2008 itibarıyla) bu konuda bir karar çıkmamıştır.

hukuklu bir sistem olarak yürümekteydi. Bu yüzden her cemaat kendi dini yönetim teşkilatına sahip olup, her cemaatin dini lideri (Patrik, hahambaşı) bu cemaati yönetirdi. Böylece her biri ayrı bir millet olarak kabul edilen Ermeni Milleti, Rum Milleti, Yahudi Milleti gibi anılan topluluklar cemaatler şeklinde örgütlenmekteydi. Cemaatlerin liderleri, Osmanlı Devleti tarafından atanır ve cemaatlerle Devlet arasındaki ilişkiler dini liderler tarafından yürütülürdü¹².

Osmanlı Devleti döneminde, azınlıklar, kilise, okul, mezarlık, hastane gibi dini, sağlık ve sosyal ihtiyaçlarını karşılamak üzere bir bina yapmak veya onarım istediklerinde, gerekçelerini göstererek Padişaha müracaat ederlerdi. Ayrıca binaların inşaatı veya onarımı için gerekli para, başvuru sırasında önceden hazır bulunurdu. Cemaatten daha sonra ve ayrıca para toplanmazdı. Buna izin verilmezdi. Padişah fermanı ile bina inşaatına veya onarımına izin verilir, yapılan işler devamlı denetlenirdi. Ancak bu şekildeki Padişah fermanları, vakıf kurulması için bir izin belgesi mahiyetinde olmayıp, adeta bir yapı ruhsatı veya yapı izniydi. Bunlar gerçek anlamda vakıf değil, tek tek dinî veya hayrî kurumlardı. Özellikleri bu şekilde belirtilen kurumlar, vakıf olmadıklarından kural olarak, vakfiyeleri (vakıf kuruluş senetleri¹³) yoktu¹⁴. Ayrıca, hâkimin yani kadının, bu kurumların teşkiline

¹² İMAMOĞLU, M. Altuğ: Azınlık Vakıfları ve Yabancıların Taşınmaz Edinimleri, Ankara 2006, s.112; ORAN, Baskın: Türkiye’de Azınlıklar, Kavramlar, Lozan, İç Mevzuat, İçtihat, Uygulama, İstanbul 2004, TESEV Yayınları, s.36-37 (Bu kitabın tam metni için ayrıca bkz. www.tesev.org.tr/etkinlik/baskin_oran.pdf, e.t. 18.11.2007); REYNA, Yuda/ZONANA, Ester Morena: Son Yasal Düzenlemelere Göre Cemaat Vakıfları, İstanbul 2003, s.30 vd.

¹³ Osmanlı döneminin daha ilk devirlerinden beri, hatta Osmanlı öncesi (Selçuklu ve Beylikler Dönemine ait) vakfiyeler bulunmakta, bu kayıtlar Vakıflar Genel Müdürlüğü arşivinde saklanmaktadır. Bu konu bkz. www.vgm.gov.tr/kutuphane/vakfiye.asp (e.t.18.11.2007). Bu vakfiyelerinin (vakıf senetlerinin) bazıları bir iki sayfayı geçmezken, bazılarının yüzlerce sayfayı bulduğu kaydedilmektedir. Bkz. EM, s.8; KAZICI, s.49 vd. Vakıf senetleri hakkında açıklama için bkz. BERKİ, İstilah, s.57; YENER, M. Serhat: Türk Medeni Kanuna Göre Kurulan Vakıfların Senetleri, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı 134, 15 Mayıs 2007, s.63 vd. Vakfiye örnekleri için bkz. www.vgm.gov.tr/arsiv/vakfiye.html (e.t.18.12.2007).

¹⁴ EM, s.36-37; İMAMOĞLU, s.48-49; REYNA/ZONANA, s.35. İstisnaen bazı cemaat vakıflarının vakfiyesi de bulunmaktadır. Bkz. BERKİ, Vakıflar, s.63. Yazara göre, 1950 yılına kadar 33 adet cemaatin vakfiyesi bulunmaktadır. Aynı bilgi, İnternette de mevcuttur. Bu bilgiye göre, vakfiyesi olan Osmanlı hukukuna uygun kurulmuş, azınlıklara ait

ilişkin kararı, vakfedeni ve mütevellileri (yöneticileri) yoktu. Mallar, genellikle tapuda din adamları veya cemaatin güvenilir insanları üzerinde kayıtlı bulunurdu. Bu hayır kurumlarını ve mallarını, Patrik, Hahambaşı ve cemaatlere ait cismani ve ruhani meclisleri yönetiyordu¹⁵.

16 Şubat 1328 (1912) “Eşhası Hükmiyenin Gayrimenkul Emvali Tasarrufları” tarihli Muvakkat Kanunla (m.3)¹⁶, Osmanlı tabiyetindeki (uyruğundaki) şirketlere, cemaat ve hayır kurumlarına taşınmaz mallara tasarruf etme yetkisi yani mal edinme hakkı tanınmıştır¹⁷. Yedi bölümden ibaret olan bu Kanunla, Osmanlı tâbiyetindeki şirketlere, cemaat ve hayır kurumlarına taşınmaz mallara tasarruf etme yetkisi verilmişti. Ancak sözü edilen bu Kanun metninde Vakıf adı veya sözü geçmemekte, sadece “cemaat ve müessesatı hayriye” (hayır kurumları) ifadesine yer verilmektedir. Bilindiği gibi vakıf, Osmanlıda yaygın bir kurum olarak çok eskilerden beri mevcuttu¹⁸. Sözü edilen 1328 tarihli Muvakkat Kanun, 3. ve 4. maddesi ile bu kuruluşlara, sınırlı bir tüzelkişilik kazandırmıştır¹⁹. Çünkü bu kuruluşlar, tüzel kişilere

33 adet mülhak vakfin mevcut olduğu da bilinmektedir. Bkz. www.mmvakder.org.tr/yazilar.asp?id=1 (e.t.18.11.2007).

- 15 HATEMİ, Hüseyin: Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, I, Giriş-Tarihi Gelişim-Eski Vakıflar, İstanbul 1979 (Kıs. Tüzel Kişiler), s.318 vd.; EM, s.36-37; İMAMOĞLU, s.48-49; REYNA/ZONANA, s.35. Bu konudaki bilgiler için ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesinin, 4771 sayılı yasayla yapılan değişiklikleri Anayasaya aykırı görmeyerek reddettiği kararına karşı Ali HÜNER -Ertuğrul ERSOY tarafından yazılan karşı oy yazısı. Esas: 2002/146, Karar: 2002/201 sayılı, 27.12.2002 tarihli karar için bkz. RG. 11.12.2003, S: 25313
- 16 Kanunun metni için bk. Düstur II, 1332-114.
- 17 REYNA/ZONANA, s.41. Osmanlı Döneminde yabancı gerçek kişilerinin mal edinmeleri ise bu tarihten çok önce 1868 yılında kabul edilen “Tabayı Ecnebiyenin Emlake Mutasarrıf Olmaları Hakkında Kanun” (Düstur, Tertip 1, s.230) ile sağlanmıştır. Bkz. ÖNDER, Hüseyin: Yabancılar Toprak Satışı, Ankara 2007, s.19-20; ŞİT, Banu: “Son Değişikliklere Göre Yabancıların Türkiye’de Bulunan Taşınmazlar Üzerinde Mülkiyet ve Sınırlı Aynı Hak Edinmeleri”, BATİDER, Aralık 2004, Sayı 4, Cilt XXII, s.203.
- 18 Bu konuda bkz. KAZICI, s.9 vd.; ÖZTÜRK, Nazif: Türk Yenileşme Tarihi Çerçevesinde Vakıf Müessesesi, Ankara 1995, s.10 vd. Hatta 18-19. yüzyıllarda, özel taşınmaz mülklerin hemen hemen dörtte üçünün vakıflara ait olduğu bildirilmektedir. Bkz. GÜNERİ, Hasan: Türk Medeni Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri, Ankara 1976, s. 1-2.
- 19 Kanunun 3. maddesinin ek “fıkrai muvakkate” (geçici fıkra) hükmü şu şekildedir: “Osmanlı cemaat ve müessesatı hayriyesi namlarına şimdiye kadar namı müstear ile kasabat

tanınan mal edinme hakkı ve yetkisini tamamen elde edememiş, sınırlı olarak elde etmişlerdir. Hayır kurumları olarak anılan azınlık veya cemaatlere, Kanunun adı ve metninden anlaşılacağı gibi sadece tapuda başkaları adına kayıtlı mallarını kendi adına kaydettirme olanağı verilmiştir. Çünkü hayır kurumları, gerçek anlamda birer vakıf olmadıklarından, vakfiyeleri (amaçlarıyla sınırlı mal edinme hak ve yetkisi tanıyan vakıf senedi) ve mütevellileri de bulunmamaktaydı²⁰. Cemaat vakıfları da sahip oldukları taşınmazlar için ilk defa bu tarihte beyannameler vermişlerdir. Kanunla cemaatlere bu tür taşınmazların kendi adlarına kaydı için altı aylık süre tanınmış, bu süre, iki defa daha altışar ay olmak üzere 25 Şubat 1329 (1913) ve 1 Mart 1330 (1914) tarihli Kanunlarla uzatılmıştır²¹.

1923 tarihli Lozan Barış Antlaşmasınının 37- 45. maddelerinde ise Azınlıkların (Akalliyetlerin) Korunması düzenlenmiştir. Konu ile ilgili olan 42. maddenin üçüncü fıkrasında; Türkiye, söz konusu azınlıklara ait kiliselere, havralara, mezarlıklara ve öteki din kurumlarına tam bir koruma sağlamayı yükümlenmiştir. Hükme göre, bu azınlıkların Türkiye'deki vakıflarına, din ve hayır işleri kurumlarına her türlü kolaylıklar ve izinler sağlanacak ve Türk Hükümeti, yeniden din ve hayır kurumları kurulması için, bu nitelikte öteki özel kurumlara sağlanmış gerekli kolaylıklardan hiçbirini esirgemeyecektir. Bu kuralla ilk defa azınlıkların vakıflarından söz edilmektedir. 42. maddenin açık anlamı, azınlık vakıflarına veya din ve hayır kurumlarına daha çok imkan ve kolaylıklar tanınması değil, eşit bir şekilde diğer vakıflara veya kurumlara ne kadar kolaylık, izin veya imkan verilebiliyorsa azınlık vakıflarına da o oranda kolaylık ve izin verilebilecektir. Azınlık vakıfları veya dinî, hayrî kurumlar ile diğer kurumlar eşit seviyede olacaklardır²². Aslında Lozan Anlaşmasınının 45. maddesine göre, Türkiye'nin olmayan cemaatlere (azınlıklara) tanımış olduğu haklar, karşılıklılık ilkesi çerçevesinde, Yuna-

ve kura dahilinde tasarruf oluna gelen emvali gayrimenkule işbu kanunun tarihi neşir ve ilanından itibaren altı ay zarfında müracaat olunduğu surette fikrayi sabıkda muharrer şeraite tevfiakan müesseseler namlarına tashih olunur." Bu konuda bkz. SUNGURBEY, İsmet: Eski Vakıfların Yeni Sorunları, İstanbul 2001, s.387-388.

²⁰ EM, s.36-37; İMAMOĞLU, s.48-49 ve s.58-59; SUNGURBEY, s.354-355.

²¹ 25 Şubat 1329 (1913) ve 1 Mart 1330 (1914) tarihli Kanunlar için bkz. 2. Tertib Düstur, Cild 5, s.774, Cild 6, s.276. Ayrıca bu konuda bkz. EM, s.37; ÖZTÜRK, s.339, dn.8; REYNA/ZONANA, s.41; SUNGURBEY, s.354.

²² EM, s.36-37; İMAMOĞLU, s.67; REYNA/ZONANA, s.54 vd. Bu konuda ayrıca bkz. yukarıda dn.15'de anılan Ali HÜNER -Ertuğrul ERSOY tarafından yazılan karşı oy yazısı.

nistan tarafından kendi ülkesinde bulunan müslüman azınlık için de tanınmıştır. Ancak Yunanistan, Yunanistan'da (Batı Trakya'da) yaşayan Müslüman Türk azınlığa çeşitli baskılar uygulamış, bu topluluğun vakıf ve mallarına çeşitli vesilelerle el koymuş; ayrıca Güney Kıbrıs, Güney Kıbrıs'ta bulunan Türk vakıf mallarına el koymuştur²³.

Lozan Anlaşması da Osmanlı dönemindeki din temelli anlayışa sadık kalarak, sadece Müslüman olmayanları azınlık olarak kabul etmiştir. Böylece, Lozan Anlaşmasına göre, Türkiye'de azınlık olarak kabul edilen yalnızca Müslüman olmayan (gayrimüslim) Türk vatandaşlarıdır (m.39 vd.)²⁴. Türkiye Cumhuriyeti, din temelli anlayıştan vatandaşlık esasına geçmiş olduğu için, din temelli eski anlayış yanında Türk vatandaşlığı anlayışını da esas almış ve sadece Müslüman olmayanlardan Türk vatandaşı olanları azınlık olarak kabul etmiştir. Aslında Lozan Anlaşmasının amacı, Müslüman Türk vatandaşlarının sahip olmadıkları hakları azınlıklara tanımak değil, tam tersine, azınlık olmanın verdiği sakıncaları ortadan kaldırarak, Müslüman olsun olmasın Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarını hukuk önünde eşit konuma getirmektir. Bu yorum, Lozan Anlaşmasının 39/2 düzenlemesinden rahatlıkla çıkarılabilir²⁵. Bu düzenlemeye göre, Türkiye'nin bütün ahalisi, din ayrımı yapmaksızın kanun önünde eşittir.

Lozan Anlaşmasının azınlıkları ilgilendiren 37-45. maddelerinde anılan azınlıkların kapsamını belirlemek uygulamada güçlük yaratmıştır. Burada üç türlü yorum yapılmaktadır²⁶.

İlk görüş, dar yorum yapmaktadır. Dar ve lafzi yoruma göre, Lozan Anlaşmasında din eksenli azınlık kavramı kabul edilmekle birlikte yapılan tartışmalara ait tutanaklara, siyasi ve tarihi sebeplere bakılacak olursa, Lozan Anlaşmasında sadece azınlık olarak geniş bir cemaate sahip olan Rumlar,

²³ Bu konuda son derece ayrıntılı ve güzel çalışma örneği için bkz. CİN, Turgay: Yunanistan'daki Müslüman Türk Azınlığın Din ve Vicdan Özgürlüğü, Ankara 2003, özellikle s.195 vd. Ayrıca bkz. ÖZDAMAR/DEĞER/UÇKAN, s.188 vd. ile Ankara Ticaret Odasının Cumhurbaşkanına sunduğu 5555 sayılı Yasa hakkındaki 23.09.2006 tarihli rapor (www.atonet.org.tr/yeni/index.php?p=782&l=1, e.t.22.10.2007).

²⁴ DOĞAN, Murat: "Medeni Kanunun 'Belli Bir Cemaat Mensuplarını Destekleme Amacıyla Vakıf Kurulamayacağı' Hükmü Üzerine Bir Değerlendirme", EÜHFD., Cilt I, Sayı 1, Kayseri 2006 (Kıs. Cemaat Vakıfları), s.159 ; İMAMOĞLU, s.113; REYNA/ZONANA, s.58.

²⁵ İMAMOĞLU, s.115; REYNA/ZONANO, s.57-58.

²⁶ İMAMOĞLU, s.113 vd. Diğer ve gruplandırılmamış yorumlar için bkz. REYNA/ZONANA, s.47 vd.

Ermeniler ve Yahudiler kabul edilmiştir. Bu görüşe göre, daha az cemaate sahip olan Nesturiler, Keldaniler ve Süryaniler azınlık olarak kabul edilemez. Ülkemizde bu yorum uzun süre taraftar bulmuştur²⁷.

İkinci görüş, daha geniş yorum yapmaktadır. Bu yoruma göre, Lozan Anlaşmasında din eksensiz azınlık kavramı kabul edilmiş olduğundan, Ülkemizde yaşayan bütün Müslüman olmayan topluluklar azınlık olarak kabul edilmelidir. Böylece geniş bir cemaate sahip olan Rumlar, Ermeniler ve Yahudiler yanında, sayıca daha az cemaate sahip olan Nesturiler, Keldaniler ve Süryaniler de azınlık olarak kabul edilmelidir²⁸. Nitekim Ülkemizde ilk defa, halen yürürlükte olan 2003 tarihli “*Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri, Bunlar Üzerinde Tasarrufla Bulunmaları Ve Tasarrufları Altında Bulunan Taşınmaz Malların Bu Vakıflar Adına Tescil Edilmesi Hakkında Yönetmelik*”²⁹, Süryani ve Keldanilere ait vakıfları da cemaat vakıfları arasında saymıştır³⁰. Bu yorumu daha da genişleten başka bir yoruma göre, Müslüman olmayan kavramı, daha geniş yorumlanacak olursa, semavi olmayan dinlere mensup topluluklar da (örneğin, Yezidiler, Bahailer) azınlık olarak kabul edilmelidir³¹. Bugün için mevzuatımızda bu yorumu destekleyecek bir düzenleme henüz mevcut değildir.

Belirtmek gerekir ki, ikili anlaşmalar yoluyla da Türkiye, bazı topluluklara azınlık statüsü tanımıştır. Örneğin, 18 Ekim 1925 tarihli Türk-Bulgar dostluk anlaşmasına göre, Türkiye’deki Bulgarlar ile Bulgaristan’da yaşayan Türkler azınlık olarak kabul edilmiştir³². Burada din temelli değil, etnik temelli anlayışın rol oynadığı görülmektedir.

Üçüncü ve daha farklı bir görüşe göre, Lozan Anlaşmasıyla sadece Müslüman olmayanlar azınlık sayılır; ancak, Müslüman olmayanlar yanında bazı gruplara da haklar tanınmıştır. Bu görüşe göre azınlıklar yanında haklar tanıyan dört grup şu şekildedir³³: 1.Müslüman olmayan Türk vatandaşları,

²⁷ Bu görüş hakkında bkz. İMAMOĞLU, s.113; ORAN, s.38-39 ve s.55.

²⁸ DOĞAN, Cemaat Vakıfları, s.159; İMAMOĞLU, s.113; CENGİZ, Orhan Kemal: “*Türkiye’nin Dini Azınlıkları*”, 2004, (www.tesev.org.tr/etkinlik/okemal_cengiz_sunum.php, e.t.20.10.2007).

²⁹ RG.24.01.2003, S: 25003.

³⁰ İMAMOĞLU, s.115; ORAN, s.40; ORAN, Baskın, “*Lozan Mukaddes İnektir, Kimse Kesmeye Kalkamaz*” (Nilüfer Çeliker’in Röportajı), www.gunisigihukuk.com/baskinoran.html, e.t. 18.11.2007

³¹ İMAMOĞLU, s.114; ORAN, s.40.

³² İMAMOĞLU, s.114-115.

³³ Bu görüş için bkz. ORAN, s.56.

2.Tüm Türk vatandaşları, 3.Türkçeden başka dil konuşan Türk vatandaşları, 4.Türkiye’de oturan herkes. Kanımca, bu görüş, mevzuatımıza pek uygun değildir. Çünkü Türkiye Cumhuriyeti, vatandaşlık esasına bağlı bir temel anlayış kabul ettiği için, Lozan anlaşmasında, tamamen Osmanlı döneminde öteden beri uygulanagelen din eksenli anlayışı düzenleme altına almak istemekteydi. Bu yüzden cemaat vakıfları kavramı, tamamen Müslüman olmayan azınlıklara ait vakıfları ifade eden bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu açıdan ikinci görüşün daha üstün tutulması gerekir. Yani Ülkemizde yaşayan bütün Müslüman olmayan topluluklar azınlık olarak kabul edilmeli, böylece geniş bir cemaate sahip olan Rumlar, Ermeniler ve Yahudiler yanında, sayıca daha az cemaate sahip olan Nesturiler, Keldaniler ve Süryaniler de azınlık olarak kabul edilmelidir. Nitekim yukarıda da değindiğimiz gibi mevzuatımızda da bu yorumu destekleyen hükümler vardır.

Günümüzde “*azınlık vakıfları*” kavramı, yerini aynı anlamda kullanılmak üzere “*cemaat vakıfları*” kavramına bırakmıştır³⁴. Yasal mevzuatta cemaat vakıfları kavramı daha sıklıkla kullanılır olmuştur.

III. CEMAAT VAKIFLARININ HUKUKUMUZDAKİ YERİ

Hukukumuzda vakıflar, pek çok yönlerden nitelendirilmektedir. Buna göre³⁵;

- 34 DOĞAN, Cemaat Vakıfları, s.155-156 ve s.158; HATEMİ, Kişiler, §11, Kn.33-34. Yargı kararlarında da aynı gelişme yaşanmaktadır. Bu kararlar için bkz. KARİNÂBÂDÎZÂDE, Ö. Hilmi/SUNGURBEY, İsmet: Eski Vakıfların Temel Kitabı, İstanbul 1978, s.619 vd.; REYNA/ZONANO, s.39 vd.
- 35 Bu ve diğer vakıf grupları hakkında açıklamalar için bkz. AKİPEK/AKINTÜRK, s.668 vd.; ATEŞ, s.3978; AYAN, M./AYAN, N., s.181; BALLAR, s.6-7 ve s.305 vd.; BERKİ, Vakıflar, 2. Bası, s.14 vd.; BERKİ, Vakıflar, s.9-10; CİN, Halil: Miri Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü, İstanbul 2005, s.29 vd.; DALAMANLI, Lütfü: Eski Yeni Vakıf Davaları, Açıklamalı-İçtihatlı, Ankara 1986, s.6 vd.; DURAL/ÖĞÜZ, s.318 vd.; EM, s.4 vd.; EGGER, madde 80, Kn.2 vd.; s.1948; GRÜNINGER, Art.80, Nr.3; GUTZWILLER, s.599 vd.; GÜNERİ, s.116 vd.; HELVACI/ERLÜLE, s.169-170; İNAN, s.174; İŞERİ, Vakıf, s.40 vd.; KARİNÂBÂDÎZÂDE/SUNGURBEY, s.279 vd.; KÖPRÜLÜ, Bülent: Evvelki Hukukumuzda Vakıf Nevîyetleri ve İcareteynli Vakıflar, İstanbul 1952, s.23 vd.; OCAK, s.241 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s.264 vd.; ÖĞÜZ, Vakıf, s.107 vd.; ÖNDER, s.105-106; ÖZDAMAR/DEĞER/UÇKAN, s.143; ÖZSUNAY, s.364 vd.; ÖZTAN, Medenî Hukuk, s.353-354; ÖZTAN, Tüzel Kişiler, s.111 vd.; PEDRAZZINI, s.204 vd.; RIEMER, ZGB-Stiftungen, Nr.44 vd.; URAL, Engin: Vakıflar, Ankara 1977, s.40; SAYMEN, s.428-429 ve s.440 vd.; ÜÇÖK/MUMCU/BOZKURT, s.154 vd.; VELİDEDEOĞLU, s.259 vd.;

-Amacına göre vakıflar, aile vakıfları, dini (diyanî) vakıflar, istihdam edilenlere ve işçilere yardım vakıfları, yükseköğretim vakıfları, kamuya yararlı vakıflar, kamusal vakıflar, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfi;

-Yararlananları bakımından vakıflar, hayri (herkesin yararlanabileceği) vakıflar ve zürri (vakfedenlerin soyunun yararlanabileceği) vakıflar;

-Mülkiyetleri açısından sahih (mukataalı-icareteynli) vakıflar, sahih olmayan vakıflar;

-Kullanım şekli bakımından icarei vahideli, icarei vahidei kademeli vakıflar;

-Kurulduğu tarih bakımından eski ve yeni vakıflar (743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisinin (TKM) yürürlüğe girmesinden önce kurulan vakıflar, “*eski vakıf*”, daha sonra kurulanlar, “*yeni vakıf*” olarak adlandırılmaktadır³⁶. Şu ana kadar, 4.499 adet yeni vakıf kurulduğu bilinmektedir³⁷. 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi (TKM), 743 sayılı mülga TKM. sonrasında kurulan vakıfları, eski vakıflardan ayırt etmek için m.73-81 hükümleri arasında, “*tesis*” terimini kullanmış, ancak bu terim, uygulamada karışıklıklara sebep olduğu gibi kavram kargaşasına da yol açtığı için 13.7.1967 tarihli 903 sayılı Kanunla-RG. 24.07.1967, S:12655- yapılan yerinde bir değişiklikte “*tesis*” terimi yerine yine daha doğru olan³⁸ “*vakıf*” terimi getirilmiştir³⁹.

ZEVKLİLER/ACABEY/ GÖKYAYLA, s.641 vd. ZEVKLİLER/HAVUTCU, s.203-204; Ayrıca vakıflar hakkında geniş açıklamaların yapıldığı YİBK için bkz. YİBK., 02.04.2004, E.2003/1, K.1 (UYAR, Talih/UYAR, Alper/UYAR, Cüneyt: Türk Medeni Kanunu, MK.1-517, Cilt 1, Ankara 2006, s.951 vd., İçtihat No: 6-V. Vakıf grupları hakkında açıklama için ayrıca bkz. www.vgm.gov.tr/vakiflarhk/hukuktavakif.asp. (e.t.18.12.2007).

³⁶ Eski-yeni vakıf kavramı doktrin tarafından kullanılmakla beraber, mevzuatta ilk defa 10. Cumhurbaşkanımız tarafından veto edilen ve yine Meclise getirilmiş olan ve henüz yürürlükte olmayan 09.11.2006 tarihli 5555 sayılı Vakıflar Kanunu Taslağı da bu tanıma aynen benimsemiştir (m.3). Bu tabirleri doktrinde kullananlar bakımından bkz. BALLAR, s.7 vd. KARİNÂBÂDÎZÂDE/SUNGURBEY, s.1 vd.; DALAMANLI, s.43 vd.; DOĞAN, Cemaat Vakıfları, s.155; OCAK, s.243; ÖZDAMAR/DEĞER/UÇKAN, s.140; ÖZSUNAY, s..360; SUNGURBEY, s.6 vd.; YENER, s.63.

³⁷ ÖZDAMAR/DEĞER/UÇKAN, s.142.

³⁸ “*Tesis*” terimi, hukukumuzda iktisadî, ticarî veya sınaî işletmeler için de kullanıldığından, VELİDEDEOĞLU’nun da haklı olarak belirttiği gibi (bkz. s.256, dn.2), yanılıcı bir anlam taşımaktaydı. Bunun yerine yüzyıllardan beri dilimize yerleşmiş olan “*vakıf*” teriminin tercih edilmesi son derece isabetli olmuştur.

-Son olarak yönetim şekli bakımından mazbut vakıflar, mülhak vakıflar, esnaf vakfi ve cemaat vakıfları olmak üzere ayrılır. Konumuzla ilgili olması ve farkı vurgulamak açısından, bu çalışmamızda, son gruba ilişkin ayrıntılı açıklamalar yapılacaktır.

2762 sayılı Vakıflar Kanununu yürürlükten kaldıran 5737 sayılı yeni Vakıflar Kanunu⁴⁰, vakıfları, yönetim şekli bakımından yeni vakıflar, mazbut vakıflar, mülhak vakıflar, esnaf vakfi ve cemaat vakıfları olmak üzere ayırma tabi tutmuştur. Bu kavramlar yeni Yasanın 3. maddesinde açıklanmaktadır.

5737 sayılı yeni Vakıflar Kanununa göre (m.3) “*Yeni vakıf: Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıfları*” ifade eder. “Yeni vakıfların kuruluşu, mal varlığı, şube ve temsilcilikleri” başlıklı 5. maddeye göre: “*Yeni vakıflar; Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre kurulur ve faaliyet gösterirler.*”

Yeni vakıfların kuruluşunda amaçlarına göre özgülenecek asgarî mal varlığı her yıl Meclisçe belirlenir.

Yeni vakıflar, vakıf senetlerinde yazılı amaçlarını gerçekleştirmek üzere Genel Müdürlüğe beyanda bulunmak şartıyla şube ve temsilcilik açabilirler. Beyannamenin düzenlenmesine ilişkin usûl ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.

Yabancılar, Türkiye’de, hukukî ve fiilî mütakabiliyet esasına göre yeni vakıf kurabilirler.” Keza “Yeni vakıfların yönetim organı vakıf senedine göre oluşturulur ve bu vakıfların yönetim organlarında görev alanların çoğunluğunun, Türkiye’de yerleşik bulunması gerekir” (5737 sayılı Yasa m.6/f.son).

5737 sayılı yeni Vakıflar Kanunu’na göre mazbut vakıflar (m.3) “*Bu Kanun uyarınca Genel Müdürlükçe yönetilecek ve temsil edilecek vakıflar ile mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlük tarihinden önce kurul-*

³⁹ AKINTÜRK, s.213; AKİPEK/AKINTÜRK, s.662-663; ATEŞ, s.3977; OCAK, s.243; DOĞAN, Cemaat Vakıfları, s.155; İNAN, s.171; İŞERİ, İnceleme, s.291; KILIÇOĞLU, s.231; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s.263-264; ÖĞÜZ, Vakıf, s.1, dn.2; ÖZDAMAR/DEĞER/UÇKAN, s.140; ÖZSUNAY, s..359 vd.; ÖZTAN, Tüzel Kişiler, s.110; YENER, s.63; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.638. Tesisler hakkında ayrıntı için bkz. BERKİ, Vakıflar, s.11 vd.; GÖKTÜRK, Hüseyin Avni: Türk Medeni Hukuku, 1. Kitap, Şahsın Hukuku, Ankara 1954, s.222 vd.; OĞUZOĞLU, s.384 vd.; SAYMEN, s.425 vd.; VELİDEDEOĞLU, s.256 vd.

⁴⁰ 5737 sayılı Yasa için bk. RG. 27.02.2008, S: 26800. Yasa hakkındaki tutanak ve raporlar için bk. www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss98m.htm (e.t.01.03.2008).

muş ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğünce yönetilen vakıfları” ifade eder.

Yürürlükten kaldırılmakla beraber konunun daha iyi anlaşılabilmesi için 2762 sayılı Vakıflar Kanununun mazbut vakıflarla ilgili düzenlemesine göz atmak yararlı olacaktır. 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 1. maddesine göre, mazbut vakıflar şunlardı: 4 birinci teşrin 1926 tarihinden önce vücut bulmuş vakıflardan;

A- Bu kanundan önce zabtedilmiş bulunan vakıflar,

B- Bu kanundan önce idaresi zabtedilmiş olan vakıflar,

C- Mütevelliliği bir makama şart edilmiş olan vakıflar,

D- Kanunen veya fiilen hayrî bir hizmeti kalmamış olan vakıflar,

E- Mütevelliliği vakfedenlerin ferilerinden başkalarına şart edilmiş vakıflar,

Vakıflar Umum Müdürlüğünce idare olunur. Bunların hepsine birden “Mazbut vakıflar” denir. Yasanın eski deyimlerini daha da sadeleştirecek olursak, mazbut vakıflar şu şekilde sınıflandırılabilir⁴¹:

Mülga (ortadan kaldırılmış) 743 sayılı TKM.nin yürürlük tarihi olan 4 Ekim (4 birinci teşrin) 1926 tarihinden önce var olan vakıflardan;

A - Bu kanundan önce zabtedilmiş bulunan vakıflar (Vakıflar Genel Müdürlüğü kurulduktan sonra malvarlığı Vakıflar Genel Müdürlüğü’ne geçen vakıflar),

B - Bu kanundan önce idaresi zabtedilmiş olan vakıflar (Vakıflar Genel Müdürlüğü kurulduktan sonra idaresi Vakıflar Genel Müdürlüğü’ne geçen vakıflar),

C - Mütevelliliği bir makama şart edilmiş olan vakıflar,

D - Kanunen veya fiilen hayrî bir hizmeti kalmamış olan vakıflar,

E - Mütevelliliği vakfedenlerin ferilerinden (soyundan) başkalarına şart edilmiş vakıflar.

Kısaca mazbut vakıflar, 10 yıl boyunca müteveli ataması yapılmayan ya da kanunen veya fiilen hayrî hizmeti kalmadığından dolayı Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından temsil ve idare edilen (eski deymiyle mazbutaya veya mazbutiyet altına alınmış) vakıflardır.

2762 sayılı Vakıflar Kanununun 6.maddesinin 2.bendinde “Umum Müdürlüğün idare ve temsil ettiği vakıflar da bir kül halinde hükmi şahsiyet

⁴¹ İMAMOĞLU, s.43-44.

sayılır” denilmekle, Vakıflar Genel Müdürlüğünün idare ve temsil ettiği mazbut vakıfların da ayrıca tüzel kişiliğe haiz olduğu belirtilmişti. Gerek bu hükmün, gerek yeni 5737 sayılı Vakıflar Kanununun aynı paraleldeki hükmü (m.7), gerekse vakıflarla ilgili mevzuatın incelenmesinden, mazbut vakıfların özel hukuka tabi tek bir tüzel kişiliği olduğu görülmektedir⁴². Nitekim 5737 sayılı yeni Vakıflar Kanunu’nun 7. maddesine göre:

“Genel Müdürlükçe yönetilecek ve temsil edilecek vakıflar

On yıl süreyle yönetici atanamayan veya yönetim organı oluşturulamayan mülhak vakıflar, mahkeme kararıyla Genel Müdürlükçe yönetilir ve temsil edilir.

Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce mazbut vakıflar arasına alınan vakıflarla, bu Kanuna göre mazbut vakıflar arasına alınan vakıflara bir daha yönetici seçimi ve ataması yapılamaz.

İlgililerin vakfiye şartlarına göre intifa hakları saklıdır.”

Ayrıca 2762 sayılı Vakıflar Kanunu 39. maddesi⁴³ ile onun yerine alan 5737 sayılı Vakıflar Kanunu 7. maddede, mülhak vakıftan mazbut vakfa geçiş sonucunu doğuracak kurallar da öngörmüş, böylece mazbut vakıfların kapsamı genişlemiştir. Yani 10 yıldan beri idaresi (mütevelliliği) kimseye bırakılmamış olan vakıflarda artık tevcih (mütevelli tayin etme işlemi) yapılmaz ve bu vakıflar, mazbut vakıflar arasında katılır. Yine 2762 sayılı eski Vakıflar Kanunu 7. maddede belirtilen ve 36. maddeye yapılan atıf ile “süresi içinde kısmen veya tamamen kütüğe kaydettirilmeyen vakıflar, mazbut vakıflar arasına alınır” ifadesi ile 21. maddede öngörülen “mütevellisi olması gerekenlerden hiç kimse sağ kalmamışsa, o vakıf, mazbut vakıflar arasına alınır” demek suretiyle mazbut vakıflar kavramı genişletilmişti⁴⁴. Bu şekilde mülhak vakıflardan 1973 yılı sonuna kadar, 1400 vakıf, mazbut vakıflar arasına alınmıştır. Bu durumda eski vakıflar içinde sadece cemaat vakıflarının kalacağı belirtilmektedir⁴⁵. Aslında 1935 tarihli eski 2762 sayılı Vakıflar Kanununun, cemaat vakıflarını bir tür güvence altına alarak (yani

⁴² İŞERİ, İnceleme, s.324; OCAK, s.243; www.vgm.gov.tr/vakiflarhk/cemaat.asp. (e.t.18.12.2007)

⁴³ 2762 sayılı eski Vakıflar Kanunu’nun 39. maddesine göre: “Bu kanunun birinci maddesinde Umum Müdürlük tarafından idare edileceği gösterilen ve bu kanunun neşri tarihine kadar mazbutiyet altına alınmış olan vakıfların mazbutiyetleri kaldırılmaz. On seneden beri mütevelliliği kimseye tevcih edilmemiş olan vakıflarda artık tevcih yapılmaz.”

⁴⁴ İMAMOĞLU, s.44.

⁴⁵ İŞERİ, Ahmet/AKÜNAL, Teoman/ TEZEL, Adnan/BAYRAKERİ, Feridun: Türkiye’de Medeni Kanuna Göre Kurulmuş Vakıflar ve Sorunları, Ankara 1975, s.2.

mazbut vakıf haline getirilemeyen, kendilerince yönetilen) mülhak vakıf haline getirmiş olduğu da söylenebilir⁴⁶.

5737 sayılı yeni Vakıflar Kanunu'na göre (m.3), "Mülhak vakıf: Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve yönetimi vakfedenlerin soyundan gelenlere şart edilmiş vakıfları" ifade eder. Bu tanım, eski 2762 sayılı Yasada da aynen vardı (m.1/II). Mülhak vakıflar, Anayasaya aykırılık teşkil etmeyen vakfiye şartlarına göre Meclis tarafından atanacak yöneticiler eliyle yönetilir ve temsil edilir. Vakıf yöneticileri kendilerine yardımcı tayin edebilirler. Mülhak vakıf yöneticilerinde aranacak şartlar ile yardımcılarının nitelikleri yönetmelikle düzenlenir. Vakfiyedeki şartları taşımamaları nedeniyle kendilerine yöneticilik verilemeyenler bu şartları elde edinceye, küçükler ile kısıtlılar fiil ehliyetlerini kazanıncaya ve boş kalan yöneticilik yenisine verilinceye kadar, vakıf işleri Genel Müdürlükçe temsilen yürütülür (5737 say. yeni Vaf. K. m.4/II; 2762 say. eski Vak.K. m.1/f.3). Ayrıca Vakıflar Genel Müdürlüğünce niyabeten veya emaneten yönetilen mülhak vakıflar da vardı (2762 say. eski Vak.K. m.19/III ve m.21/I)⁴⁷.

Türkiye'de bugün için mazbut vakıf sayısının 41.720, mülhak vakıf sayısının 288, cemaat vakfı sayısının 161, yeni vakıf (1926 sonrası kurulan vakıf) sayısının 4.449 olduğu bildirilmektedir⁴⁸.

Esnaf vakıfları ise, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'na göre (m.3), 2762 sayılı Yasanın yürürlüğünden önce kurulan ve esnafın seçtiği yönetim kurulu

⁴⁶ Benzer bir görüşe göre de 1935 tarihli 2762 sayılı Vakıflar Kanunu, cemaat vakıflarının varlığı güvence altına alınmış bir tür mülhak vakıftır. Bkz. HATEMİ, Kişiler, §11, Kn.33-34. Yargıtay kararları da bu yöndedir. Örn. Bkz. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU, E. 2002/16-159, K. 2002/355, 8.5.2002 (www.kazanci.com.tr, e.t.18.12.2007; GENÇCAN, s.599-601).

⁴⁷ İŞERİ, İnceleme, s.325-326.

⁴⁸ Bu rakamlar, VGM Müdürü Yusuf Beyazıt'ın verdiği rakamdır. Bkz. (hurarsiv.hurriyet.com.tr/goster/haber.aspx?id=7758421&tarih=2007-11-26, e.t.28.12.2007). Veto edilen 5555 sayılı Kanun Genel Gerekçesi'ne göre ise, Türkiye'de mazbut vakıf sayısı 41.550, mülhak vakıf sayısı 300, cemaat vakfı sayısı 161, yeni vakıf sayısı 4.449'dur. Bu Tasarı ve gerekçesi için bkz. www.vgm.gov.tr/vakiflarhk/kanuntasari.cfm, (e.t.28.10.2007).

tarafından yönetilen vakıflardır⁴⁹. Halen bir adet Esnafa mahsus vakıf olduğu ifade edilmektedir⁵⁰.

Cemaat vakıflarının 2762 sayılı Vakıflar Kanununda tanımı yapılmakla birlikte, 1. maddenin 4. fıkrasında yer alan: “(Değişik 4. fıkra: 2437 - 24.3.1981) Cemaatlere ve esnafa mahsus vakıflar, bunlar tarafından seçilen kişi veya kurullarca yönetilir. İlgili makamlarla Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından teftiş edilir ve denetlenirler. Teftiş ve denetlemenin usulleri ve nasıl yapılacağı ile sonuçları çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.” hükmüne göre, cemaatlere ve esnafa mahsus vakıflar, bunlar tarafından seçilen kişi veya kurullarca yönetilirdi (2762 say. Vak.K. m.1/f.4, c.1). Bu vakıflar, ilgili makamlarla Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından denetlenirdi (2762 say. Vak.K. m.1/f.4, c.2).

5737 sayılı yeni Vakıflar Kanunu ise, ilk defa yasal anlamda cemaat vakıflarına tanım getirmiştir. 10. Cumhurbaşkanınca veto edilen 09.11.2006 tarihli 5555 sayılı Vakıflar Kanunu⁵¹ da, 3. maddesinde cemaat vakıflarını aynı şekilde tanımlanmıştı⁵². 5737 sayılı yeni Vakıflar Kanunu tanımına göre (m.3): “*Cemaat vakfı: Vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince tüzel kişilik kazanmış, mensupları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Türkiye’deki gayrimüslim cemaatlere ait vakıfları*” ifade eder. Yöneticilerle ilgili hükme göreyse (m.6/III): “*Cemaat vakıflarının yöneticileri mensuplarınca kendi aralarından seçilir. Vakıf yöneticilerinin seçim usul ve esasları yönetmelikle düzenlenir.*” Şu durumda, cemaat vakıflarının yönetim kurulu seçimine ilişkin 5737 sayılı yeni Vakıflar Kanununa uygun yeni bir Yönetmelik çıkartılması gerekmektedir ki 27 Eylül 2008 tarihinde 5737 sayılı Vakıflar Kanununa uygun “Vakıflar Yönetmeliği”⁵³ çıkarılarak bu boşluk kapanmıştır. Vakıflar Yönetmeliğinin 29 vd. maddeleri bu konuya ilişkindir.

Son duruma göre yasal anlamda **cemaat vakıfları**: 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi yürürlüğe girmeden (4 Ekim 1926 tarihinden) önce vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın kurulmuş ve 2762 sayılı Vakıflar

⁴⁹ Benzer bir tanım ve bu konudaki açıklamalar için bk. İŞERİ, İnceleme, s.326-327; ÖNDER, s.105.

⁵⁰ www.vgm.gov.tr/vakiflarhk/cemaat.asp. (e.t.18.12.2007). Bu esnaf vakfının adı “*Yorgancılar esnaf vakfı*”dır. Bkz. BERKİ, Vakıflar, s.63; ÖZDAMAR/DEĞER/ UÇKAN, s.142, dn.11; REYNA/ZONANO, s.84-85.

⁵¹ Veto edilen 5555 sayılı Yasa hakkında ileride açıklama yapılacaktır.

⁵² Aynı yöndeki tanım için bkz. ÖNDER, s.106.

⁵³ Bkz. RG. 27.09.2008, S: 27010.

Kanunu gereği tüzel kişilik kazanmış olan, mensupları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olup Türkiye’deki gayrimüslim cemaatlere ait olan vakıflardır⁵⁴.

Yukarıda yaptığımız açıklamalarımız ve mevzuatı göz önüne alacak olursak; “**Cemaat (azınlık) vakıfları**, Türkiye’de yaşayan, müslüman olmayıp Türk vatandaşı olan, Ermeni, Yahudi ve Rum olanlara ve daha sonraları bunlara ilave olarak kabul edilen Keldani, Süryani, Bulgar Ortodoksları ile Hıristiyan Gürcülere ait⁵⁵ vakfiyesi olsun olmasın 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince tüzel kişilik kazanmış dinî ve hayrî kurumlardır”⁵⁶.

IV.CEMAAT VAKIFLARININ TAŞINMAZ MAL EDİNME SORUNUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

A. 1974 TARİHLİ YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI ÖNCESİ DURUM

Osmanlı Döneminde, kişi topluluklarına tüzel kişilik tanınmamış, hayır amaçlı özgülünen malların vakıf ve tüzel kişi niteliği kabul edilmiştir. Bu dönemde vakıflara tüzel kişilik tanınmakla birlikte, Müslüman olmayanların hayır amaçlı mal özgülmesi vakıf olarak kabul edilmemiştir. Bunun sebepleri arasında, Roma ve Cermen hukuklarının, uzun bir dönem vakıf kavramını ve bunlara tüzel kişilik sağlanmasını kabul etmemesi sonucunda cemaatlerde de vakıf kavramının gelişmemesi gösterilebilir⁵⁷. Ülkemizde kişi top-

⁵⁴ Benzer tanımlar için bk. İMAMOĞLU, s.46; ÖNDER, s.106-107.

⁵⁵ Benzer tanım, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından da yapılmaktadır. İnternet sitesindeki bilgiye göre: “*Cemaat vakıfları olarak, Rum, Ermeni ve Musevilere ait vakıflar akla gelir. Ayrıca, Bulgar, Gürcü, Süryani ve Kaldanilere ait vakıflar da bulunmaktadır.*” Bkz. www.vgm.gov.tr/vakiflarhk/cemaat.asp. (e.t.18.12.2007).

⁵⁶ Benzer tanım için bkz. İMAMOĞLU, s.114-115. Benzer diğer tanım için bk. Anayasa Mahkemesinin, 4771 sayılı yasayla yapılan değişiklikleri Anayasaya aykırı görmeyerek reddettiği kararına karşı Ali HÜNER -Ertuğrul ERSOY tarafından yazılan karşı oy yazısı. Esas: 2002/146, Karar: 2002/201 sayılı, 27.12.2002 tarihli karar için bkz. RG. 11.12.2003, S: 25313.

⁵⁷ Roma ve Cermen hukuklarında kişi topluluklarına (dernekler vd.) tüzel kişilik tanınmış, hayır amaçlı mal topluluklarına tüzel kişilik tanınmamıştır. Özellikle Kiliselere özgülünen mallar bakımından vakıf kavramı ve tüzel kişilik kavramı uzun yıllar oluşmamış; İslâm hukukunda ise tersine kişi topluluklarına tüzel kişilik tanınmamış, hayır amaçlı özgülünen mal topluluklarına vakıf denmiş ve tüzel kişilik sağlanmıştır. Bu konuda bkz. AKÜNAL, s.4. vd., özellikle s.114 vd.; BALLAR, s.4-5; GÜNERİ, s.4-5; DURAL/ÖĞÜZ, s.210-211; HATEMİ, Vakıf Kurma, s.13 vd; KILIÇOĞLU, s.207; KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret: Modern Özel Hukuk Giriş Olarak Roma Özel

lulukları şeklinde tüzel kişiliklerin kurulmasına ilk kez 1325 (1909) tarihli Cemiyetler Kanunu ile izin verilmiş, tüzel kişilere taşınmazlara sahip olma hakkı ise 1328 tarihli “*Eşhası Hükmiyenin Gayrimenkul Emvali Tasarrufları*” adındaki Yasayla verilmiştir. Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra, tüzel kişilere taşınmaz mal edinme hakkı sağlanmış, tüzel kişilerin o tarihte tasarrufları altında olmakla beraber, başkaları üzerine tapuya tescil ettirdikleri mallarının bazı kayıt ve şartlarla kendi namlarına tescil ettirme olanağı verilmiştir. Bu olanakla birlikte cemaatler de intifa ettikleri taşınmazları kendi adlarına geçirme ve amaçlarını yaşatma olanağı elde etmiştir⁵⁸. Ancak bu Yasa’nın uygulanması ile her bir cemaate ait hayır kurumu (kilise, sinagog, hastane, vb.) bir vakıf tüzel kişiliği olarak kabul edilmiştir. Böylece vakfiyesi (vakıf kurucu senedi) olmayan cemaat vakıfları meydana gelmiştir⁵⁹.

17.2.1926 günlü 743 sayılı TKM’nin yürürlüğe girmesiyle, bu dönemden önce kurulan eski vakıfların yeni Yasa hükümlerine bağlı olması uygun görülmediğinden, 19.6.1926 gün ve 864 sayılı Kanunu Medeninın Sureti Meriyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun’un 8. maddesinde, Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kurulan vakıflar hakkında ayrı bir yasal düzenleme yapılacağı belirtilmiş ve bu madde uyarınca 13 Haziran 1935 tarihinde yayımlanan 5.6.1935 günlü 2762 sayılı Vakıflar Kanunu⁶⁰ çıkarılmıştı. Bu Kanunla, Türk Kanunu Medenisinden önce eski hukuka göre kurulan vakıflara, varlıklarına ve vakfiyelerine zorunlu durumlar dışında dokunmadan yeni usul ve esaslar getirilmişti. Lozan Barış Antlaşmasının 42. maddesinde sözü edilen azınlık vakıfları 2762 sayılı Vakıflar Kanununa dahil edilmişti. 864 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 3.12.2001 günlü, 4722 sayılı yeni Medeni Kanunun Yürürlük Kanunu 8. maddesinde ise, Türk Kanunu Medenisinin yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş bulunan vakıflar için yürürlükte olan özel hükümlerin saklı kalmaya devam edeceği kuralı getirilmektedir. 5737 sayılı yeni Vakıflar Kanunu da bazen 2762 sayılı Yasaya göre kurulan cemaat ve esnaf vakıflarından bazen de 2762 sayılı Yasaya göre yürütülen mazbut vakıflardan söz ettiğine göre (m.3), 2762 sayılı Yasa kriterlerinin ve hükümlerinin uygulanmasına devam edileceği görülmektedir. 4.10.1926

Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993, s.94 vd., özellikle s.99-100; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s.167-168 ve dn.1; ÖĞÜZ, Vakıf, s.5-7; ÖZSUNAY, s.6-7, s.18-19 ve s.352-353; SAYMEN, s.431 vd.

⁵⁸ İMAMOĞLU, s.48; ÖZSUNAY, s.18-19; REYNA/ZONANO, s.41.

⁵⁹ İMAMOĞLU, s.111; REYNA/ZONANO, s.42-43.

⁶⁰ 2762 sayılı Vakıflar Kanunu, 13 Haziran 1935 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmış olup, bu Kanun, yayımından altı ay sonra (13 Aralık 1936 tarihinde) yürürlüğe girmiştir (Vak. K.m.45).

tarihinden önce kurulan tüm vakıflar ile cemaatlere ait vakıflar, halen yürürlükte olan 5737 sayılı (yeni) Vakıflar Kanunu hükümlerine tabi olmakla beraber, yürürlükten kalkan 2762 sayılı uygun kurulup kurulmadıklarına bakılacak ve Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından denetlenecektir⁶¹.

2762 sayılı Vakıflar Kanunu, ilk kez cemaat vakıflarına denetim getirmiştir. Vakıflar Kanununun ilk halinde cemaat vakıfları, mülhak vakıflar içerisinde alınmış, cemaat vakıfları 1938 yılına kadar, seçilen mütevellileri (yöneticileri) tarafından idare edilmiştir. 1929 tarihli Vakıflar Kanunu'nun ilk taslağında⁶², azınlık vakıflarının Yasa'nın yürürlüğe girmesinden itibaren kaldırılacağı; mallarının ise onlara tahsis edildikleri yöne göre yönetecek olan Devlete geçeceği belirtilmişti. Danıştay, azınlık vakıflarının yönetimine Devletçe el konulmasını, Lozan Anlaşmasına aykırı olacağı gerekçesiyle benimsememiş, bu nedenle TBMM görüşmeleri sırasında cemaatlerce yönetilen azınlık vakıflarının mütevellileri veya seçilmiş heyetleri tarafından yönetilmesi görüşü benimsenerek bu vakıflarda mülhak vakıflar arasına alınmıştır⁶³.

1936 yılında⁶⁴, 2762 sayılı Yasa'nın geçici 1. maddesi⁶⁵ ile cemaat vakıflarını yöneten kişilerce, bütün malların, gelirlerin ve bunları sarf edildikleri yerlerin birer beyanname ile 3 ay içinde Vakıflar İdaresine bildirilmesi şart koşulmuştur. Cemaat vakıflarının vakfiyeleri (vakıf senetleri) olmadığı için bunların vermiş oldukları "**1936 tarihli beyannameler (1936 beyanname-si)**", vakfiye yerine geçmiştir⁶⁶. Cemaat vakıflarının çoğunun tüzel kişiliği

61 Anayasa Mahkemesinin, 4771 sayılı yasayla yapılan değişiklikleri Anayasaya aykırı görmeyerek reddettiği kararına karşı Ali HÜNER -Ertuğrul ERSOY tarafından yazılan karşı oy yazısı. Esas: 2002/146, Karar: 2002/201 sayılı, 27.12.2002 tarihli karar için bkz. RG. 11.12.2003, S: 25313.

62 Bu taslağı, İsviçre'den çağrılan M.Hans Leeman adlı İsviçreli hukukçu hazırlamıştı. Bkz. ÖZTÜRK, s.341; ÖZDAMAR/DEĞER/UÇKAN, s.162; REYNA/ZONANA, s.42.

63 İMAMOĞLU, s.71; ÖZTÜRK, s.341-342; ÖZDAMAR/DEĞER/UÇKAN, s.162-163; REYNA/ZONANA, s.79.

64 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ve geçici 1. madde, 13 Aralık 1935 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen, uygulamada ve doktrinde 1936 tarihi esas alınmış ve "**1936 beyannameleri**" vakfiye olarak kabul edilmiştir. Bunun sebepleri arasında, cemaat vakıflarına yasanın yürürlüğe girmesinden sonra üç aylık bildirim süresi tanınmış olması ve 3 aylık sürenin 1936 yılının 13 Martında sona eriyor olması da gösterilebilir.

65 Geçici 1. madde hükmünün tamamına aşağıda metin içinde yer verilmiştir.

66 İMAMOĞLU, s.49; ORAN, s.84; REYNA/ZONANO, s.43 ve s.85 vd. Bu Kanunun asıl amacının İslamcıların ekonomik kaynakları kurutacak düzenlemeler yapmak olduğu, tüm

konusu tartışmalı olduğu için, bu vakıfların çoğu, Osmanlı döneminde ve sonrasında, inançlı işlem çerçevesinde nam-ı müstear (takma) veya nam-ı mevhum (bilinmeyen) adlarla (örneğin, Meryem Ana, Hz. İsa, Hristiyan azizleri veya melek isimleriyle) taşınmazları tapuya kayıt ettirmiştir⁶⁷.

3513 sayılı Kanunla 28.6.1938 tarihinde yapılan değişiklikle, cemaat vakıflarının mevcut mütevellileri tarafından idare edileceği, bundan sonraki mütevellilerin Vakıflar Genel Müdürlüğü (o tarihteki adıyla Vakıflar İdaresi) tarafından atama yoluyla belirleneceği kabul edilmiştir. Bu durum 1949 yılına kadar devam etmiş, 31.5.1949 tarih ve 5404 sayılı Yasa ile 1949 yılında yapılan değişiklikle, cemaat vakıflarının kendilerince seçilen kişi veya heyetlerce idare edileceği tekrar kabul edilmiş, 3513 sayılı Yasayla kaldırılan ayrıcalık yeniden cemaat vakıflarına verilmiş ve cemaat vakıfları, mülhak vakıflardan ayrı bir grup olarak düzenlenmiştir⁶⁸. Danıştay çeşitli tarihlerde verdiği kararlarla⁶⁹, cemaat vakıfları ayrı bir grup olarak kabul edilse bile, bunların mülhak vakıflar gibi Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün denetiminde olduğunu kabul etmiştir.

24.3.1981 tarih ve 2437 sayılı Yasayla cemaat vakıfları hakkında yeni bir değişiklik yapılmış, ancak sistem aynı kalmıştır. Bugün için halen yürürlükte olan 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 6. maddesinin 3. ve 4. fıkrasına göre:

“Cemaat vakıflarının yöneticileri mensuplarınca kendi aralarından seçilir. Vakıf yöneticilerinin seçim usûl ve esasları yönetmelikle düzenlenir.

vakıflardan bu yönde liste istendiği, ancak Atatürk'ün ömrü yetmediği için bu amacın gerçekleştirilemediği hakkında bk. ORAN, s.84. Ancak Yüce Atatürk'ün söylediği şu söz, bu görüşün yerinde olmadığını göstermektedir. Yüce Atatürk, 1 Mart 1922 tarihinde: *“Vakıfların, felsefeye ilişkin konuları dikkatle incelendiğinde, dinsel kurumlar ile birlikte hizmet ve topluma yardımcı amaç edindikleri saptanacaktır.”* demektedir. Bu bilgi için bkz. BALLAR, s.14.

⁶⁷ HATEMİ, Hüseyin: *“Cemaat Vakıfları Konusunda Düşünceler”*, Prof.Dr. Ergun ÖZSUNAY'a Armağan, İstanbul 2004 (Kıs.Cemaat Vakıfları), s.804; İMAMOĞLU, s.117; REYNA/ZONANO, s.41.

⁶⁸ İMAMOĞLU, s.72; ÖZTÜRK, s.344; REYNA/ZONANO, s.80-81.

⁶⁹ Danıştay Genel Kurulu'nun 14.4.1952 tarih ve E.52/82, K. 52/94 sayılı istişare görüşü ve bunu izleyen Danıştay Dairesi'nin 21.6.1960 tarih ve E.1960/7, K. 1960/2946 sayılı, Danıştay Dairesi'nin 09.1.1963 tarih ve E.1962/2560, K. 1963/83 sayılı ve Danıştay Dairesi'nin 20.2.1963 tarih ve E.1962/2954, K. 1963/699 sayılı kararları hakkında bkz. İMAMOĞLU, s.71-72.

Esnaf vakıfları, mülhak vakıfların tabi olduğu hükümlere tabidir. Bu vakıflar, esnafın seçtiği yönetim kurulu tarafından yönetilir.”

Vakıflar Kanununun cemaatleri ilgilendiren diğer hükümleri de 2762 sayılı Yasanın 44. maddesi ile geçici 1. maddesidir. 2762 sayılı Vakıflar Kanunu 44. maddesine göre: “*Bu kanunun neşri tarihinden en az on beş yıl evvelinden beri vakıf olarak tasarruf edildikleri vergi kayıtları icar kontratları ve eşhası hükmiyenin gayrimenkule tasarruflarına dair olan 16 Şubat 1328 tarihli kanunun neşrinden sonra tapuya verilmiş defterler ve müesseselerin hesap defterleri ve buna benzer vesikalarla anlaşılacak olan yerler o suretle vakıf kütüğüne kaydolunurlar. Bu kayıt vakıflar idaresinin istemesi üzerine tapuca o gayrimenkullerin kayıtlarına işaret ve keyfiyet münasip vasıtalarla ilân olunur. İlân tarihinden itibaren iki yıl içinde dâva yolu ile bir gûna itiraz olunmadığı takdirde o malların vakıf olarak katı tescilleri yapılır ve tapuları verilir. Tapu kayıtlarına işaret edilecek gayrimenkullere ait dâvalarda vakıflar idaresi ve varsa müteveli de birlikte hasım olur.*

Bundan başka, vakıflar idaresinin 1515 sayılı kanun hükümlerinden istifade hakkı mahfuzdur.”

Yine 2762 sayılı Vakıflar Kanunun geçici 1. maddesine göre: “*A - Şimdiye kadar vakıflar idaresine hesap vermemiş olan bütün mütevelliler veya müteveli heyetleri bu kanunun hükümleri yürümeğe başladığı günden itibaren üç ay içinde idare ettikleri vakıfların mahiyetlerini, varidat menbaalarını ve bunların sarf ve tahsis mahallerini, geçmiş son senenin varidat ve masraflarının miktar ve nevilerinin ve mütevelliliği hangi selâhiyetli merciin intihap veya kararına müsteniden ve hangi tarihten beri yaptıklarını gösterir bir beyanname tanzimine ve mensup oldukları vakıflar dairesine vermeğe mecburdurlar.*

B - Yukarki fıkra mucibince beyanname vermiş olan mütevellilere bir makbuz ilmühaberi verilir. Bu ilmühaberi hâmil olan kimseler bu kanun dairesinde vakıflarının idaresine devam ederler.

C - Birinci fıkrada yazılı müddet içinde beyanname vermemiş olanlar vakıflarında tasarruf edemezler. Gecikme haklı bir sebebe müstenit değilse veya verdikleri beyanname hakikate uygun bulunmazsa mütevellilikten derhal azlolunurlar.

Ç - Vakıflar idaresine verilecek beyannamelerin verildikleri tarihten itibaren, altı ay içinde tetkik ve tasdiki mecburidir. Bu müddet içinde tasdik edilmediği takdirde yalnız mukannen masraflar tasdik edilmiş sayılır.

D - Beyannameler muhteviyatının vesika ve teamüllere müstenit olması ve bu vesika veya teamüllerin bu kanunun neşrinden evvel mevcut ve mer’i bulunması şarttır.

E - Bu kanun hükümleri yürümeğe başladığı zaman mevcut olan ferilerden gayri mütevellilerle Vakıflar Umum Müdürlüğüne mütevellisi olmadığından veya mütevellisi mevcut olduğu halde vakfi bizzat idare edemediklerinden dolayı idare kendilerine tevdi edilmiş olan kaymakamlar şimdiye kadar olduğu gibi vakıfları idareye devam ederler. Azil veya her hangi bir suretle inhilâl vukuunda bu kanun hükümleri tatbik olunur.”

2762 sayılı Vakıflar Kanunu geçici 1. maddeye göre, cemaat vakıflarını yöneten kişilerce, bütün malların, gelirlerin ve bunları sarf edildikleri yerlerin birer beyanname ile Vakıflar İdaresine bildirilmesi şart koşulmuştur. Hemen yukarıda değindiğimiz gibi uygulamada bu bildirimde “**1936 Beyannamesi**” denmiş, cemaat vakıflarının vakfiyeleri (vakıf senetleri) olmadığı için bunların vermiş oldukları 1936 tarihli beyannameler, vakfiye yerine geçmiştir⁷⁰. Cemaat vakıflarına ait bir çok taşınmaz, bu hükümden yararlanılarak cemaat vakıfları adına kayıt edilmiştir. Ancak o dönemlerde, kadastro yapılan yerlerdeki taşınmazların bir kısmı cemaat vakıfları adına tescil edilememiştir. Gerçekten bazı kadastro bölgelerinde kayıtlar açık bırakılmış, bazılarında Hazine lehine kayıt yapılmış, bazılarında ise daha sonra açılan davalarla vakıflar lehine kararlar alınmıştır. Ancak Yargıtay’ın 02.12.1942 tarih ve 3/25 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile 44. madde hükmüne göre idari yoldan vakıf adına tescilin yapılabilmesi için kayıt sahibinin talebinin gerekli olduğu, bu olmazsa mahkeme kararı gerekeceği yolunda bir sonuca varmıştır. Bu karar, uygulamada tereddütlere yol açmış, adlarına nam-ı müstear veya nam-mevhum olarak tescil yapılanlar gaip olduğundan veya mirasçısı bilinmediğinden, beyan yapacak kimse doğal olarak bulunamamış, bu taşınmazlara kayyım atanması yoluna gidilmiştir. TBMM 2.7.1956 tarih ve 1972 sayılı yorum (tefsir) kararı⁷¹ ile soruna çözüm getirmeye çalışmış, bu kararda 16 Şubat 1328 (1912) tarihli “*Eşhası Hükmiyenin Emvali Gayrimenkuleye Tasarrufuna Dair Kanunu Muvakkatten önce cemaat vakıflarının hukuken taşınmaz mal edinmemeleri nedeniyle bu mallara fiilen tasarruf ettiklerini, fiilen cemaat vakıflarının tasarrufunda bulunan tapuda müstear (takma adlarla) veya mevhum (bilinmeyen) kişiler üzerine kayıtlı yerlerle ilgili olarak, bu mallar kendi üzerlerine kayıtlı olan kişilerin rızalarına ihtiyaç olmadan cemaat vakıfları lehine tescil yapılması gerektiği, aleyhine kayıt düzeltilmesi yapan kişinin mahkemeye başvurmakta serbest olduğu*” noktası vurgulanmıştır⁷². Böylece, cemaat vakıfları lehine tescil yapıl-

⁷⁰ İMAMOĞLU, s.75; REYNA/ZONANO, s.43.

⁷¹ Kararın tam metni için bkz. Düstur, Cilt 47//II, s.1363/67. Ayrıca bu kararın tam metni için bkz. KARÎNÂBÂDÎZÂDE/ SUNGURBEY, s.619 vd.

⁷² Bu tefsir kararı için bk.z İMAMOĞLU, s.75-76.

ması yolu kolaylaştırılmış ve idari açıdan sorun, 1974 tarihine kadar çözümlenmiştir.

B. 1974 TARİHLİ YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI SONRASINDA UYUM YASALARINDAN ÖNCEKİ DURUM

1974 tarihinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 8.5.1974 gün ve E.1971/2-820, K.1974/505 sayılı oybirliğiyle verilen kararında, kısaca Osmanlı Devleti döneminde kurulan mazbut veya mülhak vakıfların hiçbirisinin vakfiyesinde bağış alacağına dair bir hüküm olmadığından, azınlık vakıflarının 2762 sayılı Yasaya göre verdikleri “beyanname”ler, “vakıfname (vakfiye)” olarak kabul edilmiş, ancak bu vakıfnamede mal edinmeye ilişkin bir şerhin bulunmaması karşısında mal edinmeyeceklerine⁷³, bağış ve vasiyet kabul edemeyeceklerine hükmedilmiş, böylece bu yöndeki tartışmalar sona ermiş, ancak taşınmaz mal edinmede olumsuz karar sonrası, cemaat vakıflarının sahip oldukları taşınmazlar onlar lehine tescil edilmemiş, hatta bir kısım taşınmazlar ellerinden alınmaya başlanmıştır⁷⁴. Bu durum, Hukuk Devleti açısından tasvip edilmeyecek bir durum idi⁷⁵. Gerçekten de bu beyannameler “vakfiye” sayılmakla birlikte yeni bir mal edinme amacı karakteri olmadığından, cemaat vakıflarının bu beyannamelerde belirtilmeyen taşınmazlarının geri alınması yolu açılmıştır⁷⁶. 4771 sayılı Kanunun yürürlüğe konulmasına kadar da Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu yöndeki kararı uygulanmıştır⁷⁷. Gerekçeleriyle önemli olduğuna inandığımız bu karara göre: “16 Şubat 1328 (1912) tarihli «Eşhasi Hükmiyenin Emvali Gayrimenkuleye Tasarrufu» hakkındaki kanuna göre, önce Hükümet ve Be-

⁷³ Oysa ORAN’ın da belirttiği gibi (s.85), bu beyannameler, birer taşınmaz listesi olup, taşınmaz edinme amacıyla hazırlanmadığından, bu beyannamelere genel olarak taşınmaz edinme amacı eklenmemiştir.

⁷⁴ İMAMOĞLU, s.118-119; ORAN, s.84; ÖZİPEK, Bekir Berat: “Gayrimüslim Vakıflarının Sorunları”, 2001, (www.megarevma.net/vakifSORUNU.htm, e.t.20.10.2007); REYNA/ZONANO, s.88 vd. Yargıtay’ın 1974 tarihli kararının perde arkasında, Yunanistan’la başlayan 1970 sonrası Kıbrıs krizi olduğu görüşü için bkz. ORAN, s.84. 1974 tarihli HGK kararının ve cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmelerinin engellenmesine yönelik eleştiriler için bk. SUNGURBEY, s.353 vd.; KARİNÂBÂDİZÂDE/SUNGURBEY, s.658, dp.1.

⁷⁵ Hangi yönlerden Hukuk Devletine aykırılık olduğu hakkında ayrıntı için HATEMİ, Cemaat Vakıfları, s.805-806.

⁷⁶ ORAN, s.85; REYNA/ZONANO, s.91.

⁷⁷ ORAN, s.85; REYNA/ZONANO, s.90 vd.

lediye Daireleri, sonra özel kanunları gereğince dernekler ve daha sonra Hükümetçe sözleşme veya şartname ya da tüzükleri uyarınca, Türk Ticaret ve Sanat ve İnşaat Şirketleri taşınmaz mal edinebilirler. Aynı Kanunun geçici fıkrasında ise, Türk Hayır Kurumları tarafından şimdiye kadar «Nami müstear» ile köy ve ilçelerde tasarruf oluna gelen taşınmazların bu Kanunun yayımından başlayarak 6 ay içinde başvurmaları halinde, kurumlar adına kaydın düzeltileceği, böylece tapuya başvurmayan veya davayı gerektiren bir hal var olmasına rağmen davaya konu yapılmayan yerlerin bundan sonra kurumlara ait olduğu yolundaki iddiaların dinlenemeyeceği ön görülmüştür.

Görülüyor ki, Türk olmayanların meydana getirdikleri tüzel kişiliklerin taşınmaz mal edinmeleri yasaklanmıştır. Çünkü; Tüzel kişiler gerçek kişilere oranla daha güçlü oldukları için, bunların taşınmaz mal edinmelerinin kısıtlanmamış olması halinde, Devletin çeşitli tehlikelerle karşılaşacağı ve türlü sakıncalar doğabileceği açıktır, işte bu görüşten hareket edilerek 2644 sayılı Tapu Kanununun 35. maddesi ile Kanuni hükümler yerinde kalmak ve karşılıklı olmak şartıyla yabancı gerçek kişilerin Türkiye’de satın alma veya miras yolu ile taşınmaz mal edinmeleri mümkün kılınmış, olduğu halde, tüzel kişiler bundan yoksun bırakılmışlardır. Esasen Osmanlı İmparatorluğu devrinde de 7 Sefer 1284 tarihli kanunla yabancı gerçek kişilere Türkiye’de taşınmaz mal edinme hakkı verilmişken, 1328 tarihli kanunla yabancı tüzel kişiler bundan ayrık tutulmuşlardır.

Lozan Antlaşmasına bağlı «ikamet ve salahiyeti» adliyeye sözleşmesinin birinci maddesiyle Türkiye’deki yabancı tüzel kişilere tam bir muameleyi müteakibile uygulanması şartı öngörülmüş ve bu sebeple de 2644 sayılı Tapu Kanununun 5. maddesiyle (mevcudiyetleri Türkiye Cumhuriyeti Hükümetince tanınmış olan yabancılara ait dini ilmi ve hayri müesseselerin fermanlara ve Hükümet kararlarına müsteniden sahiplendikleri gayrimenkullerin, bu belgelerin dışına çıkmamak ve hükümetin izni alınmak şartıyla müesseselerin hükmi şahısları namına tescil) olunacağı hükmü konulmak suretiyle kazanılmış haklar korunmuştur.

5404 sayılı Kanunla değiştirilen Vakıflar Kanununun 1. maddesinin son fıkrasında, cemaatlerin ve esnafa ait vakıfların kendileri tarafından seçilen kişi veya kurullarca yönetileceği öngörülmüş, böylece bunlar, tüzel kişiliklerine dokunulmamak üzere bir statüye bağlanmıştır. Vakıflar Kanununun 44. maddesinde, (16 Şubat 1328 tarihli Kanununun yayınlanmasından sonra tapuya verilmiş defterleri ve buna benzer belgelerle anlaşılacak olan yerlerin o yolda vakıflar kütüğüne (gececeği hükmü yer almıştır. Bu suretle, vakıf niteliği kazanan cemaatlere ait hayri, ilmi, bedii amaçlar güden kuruluşların düzenlenmiş

vakıfnameleri bulunmadığı için az önce belirtilen 44. madde gereğince bunların süresinde verdikleri beyannamelerinin (vakıfname) olarak kabulü zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Nasıl ki, vakıfname de mal edinme için açıklık olmayan hallerde vakıf tüzel kişiliği mal edinemezse; beyannamelerinde bağış kabul edecekleri yolunda açıklık olmayan hayır kurumları da gerek doğrudan doğruya, gerekse vasiyet yolu ile taşınmaz iktisap edemezler. Çünkü, vasiyeti kabul yararına vasiyet yapılabilecekleri için bir haktır. Vakıf (vakfeden) vakıfnamesinde izin vermedikçe onun iradesi dışına çıkılıp mal kabul olunamaz. Öyle ise Balıklı Rum Hastanesinin vasiyet yolu ile taşınmaz mal edinmeyeceği gözetilip Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen özel daire bozma kararına uyularak Hazinesinin itirazlarının kabulü gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bozulmalıdır.”

Kararda varılan sonuçlar özetle şöyledir⁷⁸: 1-Eşhası Hükmiyenin Emvali Gayrimenkuleye Tasarrufu hakkındaki Kanununa göre Türk olmayanların meydana getirdikleri tüzel kişiliklerin taşınmaz mal edinmeleri yasaklanmıştır. 2- Tapu Kanununun 35. maddesi ile yabancı tüzel kişiler taşınmaz mal edinmekten yoksun bırakılmışlardır. 3- Lozan Antlaşmasına göre Türkiye’deki yabancı tüzel kişiler için karşılıklı muamele şartı öngörölmüş ve bu nedenle Tapu Kanununun 5. maddesinde, bazı koşullarla yabancılara ait dini, ilmi ve hayri müesseselerin usulüne göre edindikleri taşınmazların tescil olunabileceği hükmü kabul edilerek kazanılmış haklar korunmuştur. 4- Vakıf niteliği kazanan cemaatlere ait hayri, ilmi ve bedii amaç güden kuruluşların düzenlenmiş vakıfnameleri bulunmadığı için Vakıflar Kanununun 44. maddesi gereğince verdikleri beyannamelerin «Vakıfname» olarak kabulü zorunludur. Beyannamelerinde bağış kabul edecekleri belirtilmeyen hayır kurumları, doğrudan doğruya veya vasiyet yoluyla taşınmaz mal edinmezler. Çünkü, vasiyeti kabul, yararına vasiyet yapılabilecekleri için bir haktır. Vakfeden, vakıfnamesinde izin vermedikçe onun iradesi dışına çıkılıp mal kabul edilemez.

Yargıtay, daha sonraki kararlarında⁷⁹, özellikle 1936 beyannamesinde gözükmeyen, daha sonra bağışlanan mallar için, vakfın kuruluş senedinin araştırılması gerektiğini, vakfın kuruluş senedinde vakfın bağış kabul edeceği yazılmamışsa, cemaat vakıflarının bağış veya vasiyet yoluyla taşınmaz

⁷⁸ Karar ve özet için bk. www.kazanci.com.tr (e.t.22.10.2007).

⁷⁹ Örneğin, Y. 1. HD., 6.12.1999, E.1999/12630, K.1999/12902 sayılı kararı; Y. 1. HD., 25.9.2001, E.2001/7572, K.2001/9660 sayılı kararı (bu kararlar hakkında bkz. İMAMOĞLU, s.79-80).

iktisap edemeyeceğine hükmetmiştir. Ayrıca YARGITAY HUKUK GENEL KURULU, E. 2002/16-159, K. 2002/355, 8.5.2002 tarihli kararında, kısaca, cemaat vakıflarının sadece zilyetlikle mal edinmeyeceği sonucuna varmıştır⁸⁰.

Özetle belirteceğimiz bu karara göre: “Türk Kanunu Medenisi’nin yürürlüğe girdiği tarihten önce açıklanan amaçları gerçekleştirmek üzere azınlıklar tarafından kurulduğu kabul olunan vakıflara “Cemaat Vakıfları” denilmektedir. Cemaat vakıfları “mülhak vakıf” olarak kabul edilmiştir. Mülhak vakıflar ise tüzel kişiliğe sahiptirler. Vergi kayıtları zilyetlik belgesidir. Mülkiyeti belgeleyen ve gösteren belge niteliğinde olmadığından zilyetlikle birleşmeyen vergi kayıtlarına değer de verilemez. Vakıflar, belli amaca özgülünen ve o amacın gerçekleşmesi için yeterli olan mal topluluklarıdır.

Kazandırıcı zamanaşımı ile edinme için temel koşul “malik” sıfatıyla zilyetliktir. Zilyetlikle mal edinme, başkasına ait bir taşınmazın belli bir zaman dilimi içinde eylemli olarak ele geçirilmesi işlemidir. Taşınmazın Devlete veya özel kişilere ait olması sonuca etkili değildir. Zilyetlikle kazanmada zilyedin iyi niyetli olması da gerekmemektedir. Başkasına ait olan bir mal ele geçirilerek hayır işlenemez ve ibadet yapılamaz. Yöneticilerin vakfa ait olmayan bir taşınmazı kullanmaları malik sıfatıyla olamaz. Çünkü vakıf yöneticileri vakfedilen malları yönetmekle yükümlüdürler. Yöneticiler tarafından vakfeden kişi veya kişilerin gerçek arzularına aykırı şekilde işlem yapılması, bundan vakıf yararına sonuç çıkarılması vakıf düşüncesi ve ilkesi ile bağdaşamaz.

Hukuk Genel Kurulu’nun 8.5.1974 gün 2/820-505 sayılı kararında vakıfnamede açıklık bulunmayan hallerde vakıfların bağış veya vasiyet yoluyla taşınmaz mal edinemeyecekleri hükme bağlanmıştır. Bu kararda da vakfeden kişi veya kişilerin arzularına özel önem ve değer verildiği görülmektedir. Malik sıfatıyla zilyetlikten söz edilemeyeceğinden zilyetlikle edinme koşullarının gerçekleştiği de kabul edilemez. Açıklanan nedenlerle vakıflar zilyetlik suretiyle taşınmaz mal edinemezler. Davacı kilise vakfının da hayri ve dini amaçlı bir vakıf olması nedeniyle zilyetlikle taşınmaz mal edinmesi mümkün değildir. Lozan antlaşmasında cemaat vakıflarının zilyetlikle mal edinebileceklerine ilişkin açık ve kapalı bir hükümde bulunmamaktadır”

Bu sonuncu kararlar cemaat vakıflarına zilyetlikle mal edinme yolu da kapandığından, mülkiyet hakkı bakımından olumsuzluk daha da artmıştır.

80 Aynı yöndeki diğer bir karar için bkz. YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ, E. 2002/2188, K. 2002/2113, T. 2.4.2002 Kararlar için bkkz. www.kazanci.com.tr-e.t.18.12.2007.

C. UYUM YASALARINDAN SONRAKİ 5737 SAYILI YENİ VAKIFLAR KANUNUNDAN ÖNCEKİ DURUM

1974 tarihli Yargıtay kararından sonra, cemaat vakıflarının taşınmaz mallarının geri alınmaya başlanması birçok şikayeti de beraberinde getirmiştir.

Avrupa Birliği'ne uyum Yasaları çerçevesinde 2762 sayılı Vakıflar Kanununun cemaat vakıfları ile ilgili hükümlerinde 4771, 4778 ve 4928 sayılı Yasalarla değişiklik yapılmıştır⁸¹. Bu Yasalara ve bu Yasalara dayanılarak çıkartılan Yönetmeliklere hemen aşağıda değinilecektir. AB'ye uyum Yasaları çerçevesinde çıkarılan özellikle 4771 sayılı Yasanın kabulünden sonra, Kanun çerçevesinde 5 yıl içinde 121 azınlık vakfının, 1262 adet taşınmaz malla ilgili olarak başvuruda bulunduğu belirlenmiş, yapılan incelemeler sonucunda 364 adet taşınmaz mal bu vakıflar adına tescil edilmiştir⁸². Öte yandan tescil talebinde bulunulan 898 adet taşınmaz mal, kamu kurum ve kuruluşlar ile gerçek kişiler adına kayıtlı olduğundan (114 adedi Hazine, 28 adedi Vakıflar Genel Müdürlüğü, 294 adedi şahıs, 452 diğer kurum ve kuruluşlar) azınlık vakıfları adına tescil edilmemiştir. Kanun çerçevesinde ayrıca 6 adet vakfin 22 adet taşınmaz mal bağış alma talebi olumlu karşılanırken, 5 vakfin 6 adet taşınmaz mal satın alma talebine, 5 adet vakfin 9 adet taşınmaz malının satışına izin verilmiştir⁸³. 5737 sayılı yeni Vakıflar Kanunu uyum yasaları çerçevesinde çıkan 4771 ve 4778 sayılı Yasalardan daha geniş haklar getirmiş olup bunlara da ileride değinilecektir⁸⁴.

2762 sayılı Vakıflar Kanununda değişiklik yapan 4771 sayılı 03.08.2002 tarihli "*Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun*"un⁸⁵ 4. maddesi ile 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 1. maddesine son fıkralar (6-7. fıkra olarak) eklenmiştir. Bu eklenen fıkra hükümlere göre: "*Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Bakanlar Kurulunun izniyle*

81 Bu Yasalar ve cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmelerinde kolaylıklar tanınmasını yerinde bulmayan oldukça olumsuz görüşler için bkz. ÇEÇEN, Anıl: "*Türkiye Yeniden Bizans'a Dönüştürülüyor*" başlıklı yazı (dipdalgasi.org/node/125, e.t.22.10.2007).

82 AB'ye uyum sürecinin cemaat vakıflarını ilgilendiren kısmı ve bu durumu "*beyaz sahife*" olarak nitelendiren görüş hakkında bkz. REYNA/ZONANO, s.111 vd. Özellikle s.127. 1974 tarihli olumsuz HGK kararından sonra, gerçekten de Uyum yasalarını beyaz sayfa olarak nitelendirmek yerinde bir görüştür.

83 ORAN, s.106-107. Bu konudaki haber için bkz. www.haberler.com/364-adet-tasinmaz-mal-azinlik-vakiflari-adina (e.t.18.12.2007). Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün konuyla ilgili verileri için bkz. ORAN, s.108 vd.

84 Bk. İleride Bölüm VII.

85 RG. 9.08.2002, S:24841.

dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilirler ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilirler.” (Bu 6. fıkra aşağıda belirtildiği gibi 4778 sayılı Yasa ile değiştirilmiştir.).

“Bu vakıfların dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere, her ne suretle olursa olsun, tasarrufları altında bulunduğu, vergi kayıtları, kira sözleşmeleri ve diğer belgelerle belirlenen taşınmaz mallar, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde başvurulması halinde vakıf adına tescil olunur. Cemaat vakıfları adına bağışlanan veya vasiyet olunan taşınmaz mallar da bu madde hükümlerine tabidir.” (Bu 7. fıkra halen yürürlükte.)

Uyum yasaları genelde olumlu karşılanmakla beraber, cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmelerini, 4771 sayılı Yasada, Bakanlar Kurulu iznine bağlamak, cemaat vakıflarında hayal kırıklığı yaşatmıştır⁸⁶.

Bu Kanunun Anayasa aykırılığı ileri sürülmüşse de Anayasa Mahkemesi, iptal istemini, 4771 sayılı yasayla yapılan değişiklikleri Anayasaya aykırı görmediğinden, reddetmiştir⁸⁷.

4771 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrası, 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 1 inci maddesinin yedinci fıkrasında öngörülen altı aylık süre 09.02.2003 tarihinde sona ermiş, 4778 sayılı Yasa ile de izin makamı değiştirilmiş olduğundan ve sürenin kısalığı dikkate alınarak 4928 sayılı Yasa⁸⁸ ile geçici 2. madde eklenmiş, Cemaat vakıflarına, 4928 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği (19.07.2003) tarihinden itibaren onsekiz ay içinde 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 1 inci maddesinin yedinci fıkrası (hemen yukarıda verdiğimiz, halen yürürlükte olan 4771 sayılı Yasa ile eklenen hüküm) uyarınca tescil başvurusunda bulunma hakkı verilmiştir⁸⁹.

4771 sayılı Yasaya dayanılarak çıkarılan 2002 tarihli “Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri Ve Bunlar Üzerinde Tasarrufta Bulunmaları

⁸⁶ Bu görüşün gerekçesi için bkz. REYNA/ZONANO, s.131-132.

⁸⁷ Esas: 2002/146, Karar: 2002/201 sayılı, 27.12.2002 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. RG. 11.12.2003, S: 25313.

⁸⁸ RG. 19.07.2003, S:25173.

⁸⁹ GENÇCAN, Vakıf, s.21.

*Hakkında Yönetmelik*⁹⁰, 4778 sayılı Yasaya dayanılarak çıkartılan Yönetmelik ile ilga edilmiştir⁹¹.

2762 sayılı Vakıflar Kanununda değişiklik yapan 4778 sayılı 02.01.2003 tarihli “*Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun*”un⁹² 3. maddesi ile 2762 sayılı Vakıflar Kanunu’nun 1. maddesinin altıncı fıkrası değiştirilmiş ve maddeye 7. fıkraya eklenmiştir. Bu değiştirilen ve eklenen fıkraya hükümleri şu şekildedir: “5.6.1935 tarihli ve 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 1 nci maddesinin altıncı fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkraya eklenmiştir.

Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Vakıflar Genel Müdürlüğünün izniyle dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilirler ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilirler.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Vakıflar Genel Müdürlüğünün bağlı bulunduğu Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

4778 sayılı Yasaya dayanarak ayrıca “*Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri, Bunlar Üzerinde Tasarrufta Bulunmaları Ve Tasarrufları Altında Bulunan Taşınmaz Malların Bu Vakıflar Adına Tescil Edilmesi Hakkında Yönetmelik*”⁹³ çıkartılmış, bu yönetmelik (m.9), yukarıda değindiğimiz gibi 4771 sayılı Yasaya dayanarak çıkartılan “*Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri Ve Bunlar Üzerinde Tasarrufta Bulunmaları Hakkında Yönetmelik*”i yürürlükten kaldırmıştır. Bu sonuncu Yönetmelik, cemaat vakıfları tarafından daha olumlu karşılanmıştır⁹⁴. Cemaat Vakıfları Yönetmeliği, faaliyette bulunan cemaat vakıflarını tek tek ve adlarıyla liste halinde belirtmiştir. Bu yönetmeliğe göre, 160 adet cemaat vakfı halen faaliyettedir. Yönetmeliğe göre, cemaat vakıflarının sayısı toplam 160’ dır. Bunlardan 75’i Rum, 51’i Ermeni, 18’i Yahudi, 9’u Süryani, 2’si Bulgar, 1’i Gürcü, 3’ü Keldani, 1’i Maroni’dır. Rumlara ait 44 ilkokul, 9 orta-lise Ermenilere ait 22 ilkokul, 4 Orta, 5 lise; Yahudilere ait 4 ilkokul, 1 lise, tüm azınlık vakıflarına ait 200 Kilise Rumlara ait bir hastahane (Balıklı Rum Hastahanesi); Ermenilere ait iki hastahane (Yedi kule Surp Pırgıç Ermeni Hastahanesi, Taksim Surp Agop Hastahanesi) ile Yahudilere ait bir

⁹⁰ RG. 04.10.2002, S: 24896.

⁹¹ Bu Yönetmeliğin eleştirisi için bkz. ORAN, Baskın, “Gayrimüslim Vakıfları: Son Durum” (www.tesev.org.tr/etkinlik/b_oran_sunum.php, e.t.18.11.2007).

⁹² RG.11.01.2003, S:24990.

⁹³ RG.24.01.2003, S: 25003.

⁹⁴ Bu konuda ve idari uygulama örnekleri için bkz. REYNA/ZONANO, s.136 vd.

Hastahane (Balat Or Ahayım Hastahanesi) vardır⁹⁵. Ne var ki bu Yönetmelik de 5737 sayılı Vakıflar Kanununa uygun olarak çıkarılan son “Vakıflar Yönetmeliği”⁹⁶ (m.183) ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Açıklamalarımızda bazen 4778 sayılı Yasaya dayanarak çıkartılan Yönetmelik (kısaca eski Cemaat Vakıfları Yönetmeliği) hükümlerine değinilecektir. Ancak öncelikle yukarıda çeşitli Kanun hükümleriyle değişiklik yapıldığı için karışık gibi duran cemaat vakıflarıyla ilgili yürürlükte olan hükümlere değinmek yerinde olacaktır. Ayrıca konunun daha iyi anlaşılabilmesi için 5737 sayılı yeni Vakıflar Kanunu öncesinde yürürlükte olan 2762 sayılı Yasa hükümlerine de değinmek gerekir. Buna göre, cemaat vakıflarıyla ilgili yürürlükten kalkan 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 1. maddesinin 4. vd. fıkraları ile geçici maddelerinin son hali (17 Ocak 2008 itibarıyla) şu şekildeydi:

2762 sayılı Vakıflar Kanunu m.1: “....(*Değişik 4. fıkra: 2437 - 24.3.1981*) *Cemaatlere ve esnafa mahsus vakıflar, bunlar tarafından seçilen kişi veya kurullarca yönetilir. İlgili makamlarla Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından teftiş edilir ve denetlenirler. Teftiş ve denetlemenin usulleri ve nasıl yapılacağı ile sonuçları çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.*

(*Ek 5. fıkra: 2437 - 24.3.1981*) *Cemaat vakıflarının Türk Kanunu Medenisinin 78 inci maddesi gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğüne ödeyecekleri teftiş ve denetleme masraflarına katılma payının, genel bütçeden karşılanmasına Bakanlar Kurulunca karar verilebilir. Bu karar anılan vakıfların teftiş ve denetimini etkilemez.*

(*Değişik 6. fıkra: 4778 - 2.1.2003 / m.3*) *Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Vakıflar Genel Müdürlüğüne izniyle dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilirler ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilirler.*

(*Ek 7. fıkra: 4771 - 3.8.2002 / m.4 a*) *Bu vakıfların dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere, her ne suretle olursa olsun, tasarrufları altında bulunduğu, vergi kayıtları, kira sözleşmeleri ve diğer belgelerle belirlenen taşınmaz mallar, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde başvurulması halinde vakıf adına tescil olunur. Cemaat vakıfları adına bağışlanan veya vasiyet olunan taşınmaz mallar da bu madde hükümlerine tabidir.*

⁹⁵ Bu konudaki veriler için ayrıca bkz. www.mmvakder.org.tr/yazilar.asp?id=1. (e.t.18.12.2007).

⁹⁶ Bkz. RG. 27.09.2008, S: 27010.

(Ek 8.fıkra: 4778 - 2.1.2003 / m.3) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Vakıflar Genel Müdürlüğünün bağlı bulunduğu Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

GEÇİCİ MADDE 1 - A - Şimdiye kadar vakıflar idaresine hesap vermemiş olan bütün mütevelliler veya müteveli heyetleri bu kanunun hükümleri yürümeğe başladığı günden itibaren üç ay içinde idare ettikleri vakıfların mahiyetlerini, varidat menbaalarını ve bunların sarf ve tahsis mahallerini, geçmiş son senenin varidat ve masraflarının miktar ve nevilerinin ve mütevelliliği hangi selâhiyetli merciin intihap veya kararına müsteniden ve hangi tarihten beri yaptıklarını gösterir bir beyanname tanzimine ve mensup oldukları vakıflar dairesine vermeğe mecburdurlar.

B - Yukarki fıkra mucibince beyanname vermiş olan mütevellilere bir makbuz ilmühaberi verilir. Bu ilmühaberi hâmil olan kimseler bu kanun dairesinde vakıflarının idaresine devam ederler.

C - Birinci fıkrada yazılı müddet içinde beyanname vermemiş olanlar vakıflarında tasarruf edemezler. Gecikme haklı bir sebebe müstenit değilse veya verdikleri beyanname hakikate uygun bulunmazsa mütevellilikten derhal azlolunurlar.

Ç - Vakıflar idaresine verilecek beyannamelerin verildikleri tarihten itibaren, altı ay içinde tetkik ve tasdikı mecburidir. Bu müddet içinde tasdik edilmediği takdirde yalnız mukannen masraflar tasdik edilmiş sayılır.

D - Beyannameler muhteviyatının vesika ve teamüllere müstenit olması ve bu vesika veya taamüllerin bu kanunun neşrinden evvel mevcut ve mer'i bulunması şarttır.

E - Bu kanun hükümleri yürümeğe başladığı zaman mevcut olan ferilerden gayri mütevellilerle Vakıflar Umum Müdürlüğünce mütevellisi olmadığından veya mütevellisi mevcut olduğu halde vakfı bizzat idare edemediklerinden dolayı idare kendilerine tevdi edilmiş olan kaymakamlar şimdiye kadar olduğu gibi vakıfları idareye devam ederler. Azil veya her hangi bir suretle inhilâl vukuunda bu kanun hükümleri tatbik olunur.

GEÇİCİ MADDE 2.- (Ek: 4928 - 15.7.2003 / m.2) Cemaat vakıfları, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onsekiz ay içinde 1 inci maddenin yedinci fıkrası uyarınca tescil başvurusunda bulunabilirler.

GEÇİCİ MADDE 2.- (Ek: 4916 - 3.7.2003 / m.35) Vakıflar Genel Müdürlüğüne veya mazbut vakıflara ait taşınmazlarda, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte kiracılık ilişkisi nizalı şekilde devam edenler veya 31.12.2002 tarihinden önce işgalci durumunda olanlar, bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren dört ay içinde sözleşme yapmak üzere müracaat edebilirler.

Müracaat edenler ile Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yapılacak tebliğat tarihinden itibaren bir ay içinde; Bölge müdürlüklerinde oluşturulacak komisyonlarca en fazla beş yıl için tespit edilecek kullanım bedellerini, varsa kullanıcılar tarafından daha önce yapılan her türlü ödemeler mahsup edilmek kaydıyla, peşin veya en geç altı ay içinde kanuni faizi ile birlikte ve eşit taksitlerle ödemeleri, varsa üzerinde izinsiz olarak yapı inşa edilmiş taşınmazlardaki yapıları bedelsiz olarak terk ve teberru etmeleri ve açılmış olan davalardan vazgeçmeleri şartıyla, sözleşme yapılabilir. Ancak, Vakıflar Genel Müdürlüğünce değerlendirilmesi öngörülen veya teslim ve tahliye edilen taşınmazlar için kira sözleşmesi yapılmaz.

Birinci fıkra hükümleri uyarınca sözleşme yapılmaması durumunda, hükmü almaya veya tebliğat yapmaya gerek kalmaksızın, Vakıflar Genel Müdürlüğünün başvurusu üzerine, taşınmazı kullananlar, ilgili mülki amirler tarafından otuz gün içinde taşınmazdan tahliye edilir.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Vakıflar Genel Müdürlüğü yetkilidir.”

2762 sayılı Vakıflar Kanununda 4771 sayılı ve 4778 sayılı değişikliklerle, eskiden kurulmuş bulunan cemaat vakıflarının mal edinmelerindeki engeller kaldırılmış olup, yeni cemaat vakfi kurulması hususu kabul edilmiştir. Bu husus, 5737 sayılı yeni Vakıflar Kanunu bakımından da aynen geçerlidir. Çünkü 5737 sayılı yeni Vakıflar Kanunu da sadece yürürlükten kalkan 2762 sayılı Yasaya göre kurulan cemaat vakıflarından söz ederek (m.3), yeni Kanun döneminde cemaat vakfi kurulamayacağını dolaylı yoldan belirtmiştir. Gerçekten de 4721 sayılı Medeni Kanunumuza göre (m.101/IV), Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasa'nın temel ilkelerine, hukuka, ahlaka, ulusal birliğe ve ulusal çıkarlara aykırı ya da belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulması yasaklanmıştır. Bu yüzden Ülkemizde yeni bir cemaat vakfi kurulamaz⁹⁷. Buna karşılık, dinî amaçlı olmak üzere bir kilise, havra veya sinagog gibi ibadet yerlerinin onarılması ya da bakımı için dinî amaçlı (dinsel veya diyanî) vakıf kurulabilir⁹⁸. Ayrıca Yargıtay kararlarında da ifadesini bulduğu üzere, 101. maddenin 4. fıkrasındaki bu hüküm, sınırlayıcı bir hüküm olduğundan dar yorumlanmalıdır ve kamu düzenini bozucu ve genel ahlâka aykırı-

⁹⁷ EM, s.40; ORAN, s.84; ÖNDER, s.109.

⁹⁸ Bu konuda bk. AKİPEK/AKINTÜRK, s.668-669; BALLAR, s.311 vd.; BERKİ, Vakıflar, 2. Bası, s.119 vd.; BERKİ, Vakıflar, s.9 ve s.48-49; DALAMANLI, s.305; GÜNERİ, s.175 vd.; OCAK, s.242; SAYMEN, s.428; VELİDEDEOĞLU, s.260; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.642; ZEVKLİLER/HAVUTCU, s.203.

rı olmamak kaydıyla belirli bir cemaat mensubunun desteklenmesi de olanaklıdır⁹⁹.

4778 sayılı Yasaya dayanarak çıkarılan son Cemaat Vakıfları Yönetmeliği'nin¹⁰⁰ 5737 sayılı yeni Vakıflar Kanununa uygun hale getirilmesi ve bu amaçla yeni bir Yönetmelik çıkarılması gerekmekteydi ki 5737 sayılı yeni Vakıflar Yönetmeliği bu boşluğu kapatmıştır. 5737 sayılı Vakıflar Kanununa uygun bir şekilde Vakıflar Yönetmeliği de izin sistemi yerine bildirim sistemi hakkında hükümler öngörmektedir. Şu durumda, bu yeni yasal düzenlemeye uygun hareket eden cemaat vakfının edindiği taşınmaz, yasaya ve hukuka uygun edinim olarak kabul edilecektir. Ayrıca eksiden beri geçici sürelerle cemaat vakıflarına taşınmaz mal edinme hakkı hususu da değişmiş ve bu şekildeki geçici süreler kaldırılmıştır. Son duruma göre, cemaat vakıfları ile diğer vakıflar (eski-yeni vakıf) arasında taşınmaz mal edinme bakımından fark kalmamıştır. Gerçekten de Vakıflar Yönetmeliğine göre (m.36/I): “*Vakıflar, iktisap ettikleri veya değiştirdikleri taşınmazlarla ilgili bilgileri tapuya tescilden itibaren bir ay içerisinde Ek-5'deki formu¹⁰¹ doldurarak bölge müdürlüğüne vermekle yükümlüdürler.*”

Yargıtay'ın 4771 ve 4778 sayılı AB'ye uyum yasaları sonrası verdiği karar, cemaat vakıflarının 1936 sonrası taşınmaz mal edinmeleri bakımından daha olumludur. Bu karara göre (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E. 2004/7507, K. 2004/8334, T. 7.7.2004¹⁰²):

“...Yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan düzenlemelerin ışığında somut olay incelendiğinde, çekişmeli taşınmazın 1936 tarihli beyannamede yer

⁹⁹ DOĞAN, Cemaat Vakıfları, s.160-161. Amacı Aleviliği bilimsel şekilde araştırmak olan “*Anadolu Bilim, Kültür ve Cem Vakfı*”na ilişkin karar olumlu için bkz. Y. 18. HD., 31.01.1995, E.717, K.1097 (GENÇCAN, s.570-571; UYAR, Talih/UYAR, Alper/UYAR, Cüneyt, s.844 vd., İçtihat No: 10). Kararın yorumu ve olumlu bulan görüş için bkz. DOĞAN, Cemaat Vakıfları, s.163 vd. Buna karşılık amacı Bahailik topluluğunu desteklemek olan “Bahai Vakfı”nın tescil edilemeyeceği yönündeki olumsuz karar için bkz. HGK 28.11.1973, E.6-609, K.959 (BALLAR, s.316 vd.; ÖZSUNAY, s.391, dn.26). Kararın yorumu ve yerinde bulunmayan bulan görüş için bkz. DOĞAN, Cemaat Vakıfları, s.161 vd. Yine “*İstanbul Süryani Katolik Vakfı*”nın tescilini kabul eden olumlu karar için bkz. Y. 18. HD., 23.12.1996, E.10913, K.11658. Kararın yorumu ve yerinde bulan görüş için bkz. DOĞAN, Cemaat Vakıfları, s.164-165.

¹⁰⁰ RG.24.01.2003, S: 25003.

¹⁰¹ Ek-5 formu, Yönetmeliğe ek olarak yayımlanmıştır.

¹⁰² Karar metni için bkz. www.kazanci.com.tr (e.t.18.12.2007) ile UYAR, Talih/UYAR, Alper/UYAR, Cüneyt, s.857 vd., İçtihat No: 1.

almadığı, davalı vakfın başka yollarla da mal edinmeyeceği görülmektedir. Bu durumda bağış suretiyle taşınmaz mal temellükü ve tescilin yolsuz nitelikte bulunduğu ve iptalinin gerekeceği kuşkusuzdur.

Ne var ki, Avrupa Birliği'ne uyum çalışmaları nedeniyle kabul edilen 4771 ve 4778 Sayılı Yasalar, 1936 tarihli beyannamede yer almayan malların da edinilebilmesi yolunu açmış, ancak bu imkanı kurallara ve koşullara bağlamıştır. 4778 Sayılı Yasanın 3. maddesi "Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün izniyle dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilirler ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilirler" hükmünü getirmiş, ikinci fıkrasında "bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün bağlı bulunduğu Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikte düzenleneceğini" açıklamıştır. 4928 Sayılı Yasanın 2. maddesi ise "Cemaat vakıflarının bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten (15.07.2003) itibaren onsekiz ay içerisinde 2762 Sayılı Yasanın birinci maddesinin yedinci fıkrası uyarınca tescil isteğinde bulunabileceğini" bildirmiştir.

Yasa hükmünde sözü edilen ve 24.1.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan "Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri, Bunlar Üzerinde Tasarrufta Bulunmaları Ve Tasarrufları Altında Bulunan Taşınmaz Malların Bu Vakıflar Adına Tescil Edilmesi Hakkındaki Yönetmelik" yukarıda izah edilen amaç ve kapsamı belirlemiş, 2762 Sayılı Yasanın 1. maddesine dayanılarak hazırlanan 4. maddesinde edinilebilecek taşınmaz malların kapsamının "... satın alma, vasiyet, hibe ve sair yollar..." biçiminde olacağı; 5. maddesinde "başvurunun Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne yapılacağı" belirtilmiştir; a, b, c, d, e bentlerinde istenecek belgeler sayıldıktan sonra 6. maddesinde "başvurunun gerektiğinde ilgili bakanlık, kamu kurum ve kuruluşlarının görüşü alınarak yetkili daire başkanlığının görüşü ile birlikte Vakıflar Genel Meclisi'nce inceleneceği ve koşulların oluşması halinde vakfa yetki belgesi verileceği" öngörülmüştür.

Yönetmeliğin anılan hükümlerinin yerine getirilmesi ve vakfın yetki belgesi alabilmesini sağlayacak olan işlemlerin idari nitelikte bulunduğu açıktır.

Hal böyle olunca, mahkemece öncelikle davalı vakfın belirtilen biçimde bir başvurusunun bulunup bulunmadığının saptanması, başvurusu yok ise yukarıda anılan düzenlemeler doğrultusunda başvuru olanağının tanınması ve sonucunun beklenmesi, ondan sonra bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir."

4778 sayılı Yasaya dayanarak çıkartılan Yönetmeliğin olumlu yanları Şu Őekildeydi¹⁰³:

-Vakfiyeleri olsun veya olmasın, bütün cemaat vakıflarını aynı statüye dahil etmiş olması. Böylece, cemaat vakıflarını yıllarca uğraŐtıran 1936 Beyannamesi uygulamasına son verilmiştir.

-Cemaat vakıflarının birer KURUM olarak vasıflandırılmış olması. Böylece cemaat vakıfları sadece DİNİ HİZMET gören birer teşekkül olmayıp, dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlarda ihtiyaçları olabilen ve bu maksatla taşınmaz mal (hayrat ve akar) edinmesi gereken birer kurum olarak düşünölmüştür.

4771 ve 4778 sayılı Yasaların yürürlüğe girmesinden önce, cemaat vakıfları tapu sicil müdürlüklerinde satış, tescil veya benzeri bir aynı hak tesisi talep ettiklerinde, bu talep bir mahkeme kararının yerine getirilmesi dahi olsa, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğu Yabancı İşler Dairesi Başkanlığından izin istenmekteydi. Bu uygulama, tatbikatta vakit kaybına neden olduğu gibi, birer Türk Tüzel Kişiliği taşıyan cemaat vakıflarının yabancı muamelesine tâbi tutulması sonucunu doğuruyordu. Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğu Yabancı İşler Dairesi Başkanlığı 15.02.2003 tarihinde gönderdiği 1572 Sayılı Genelge ile 24 Ocak 2003 tarihli Yönetmelikle verilen listede bulunan vakıfların tapu işlemlerinde Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğu Yabancı İşler Dairesi Başkanlığı'ndan izin alınması uygulamasını kaldırmış bulunmaktaydı. Böylelikle Cemaat Vakıflarının sıkıntılarından biri daha ortadan kaldırılmış olmaktaydı. Ancak liste dışı kalan cemaat vakıfları için yine aynı sakıncalı durum devam ediyor gibi görünmekteydi. 5737 sayılı Yasaya uygun çıkartılan yeni Vakıflar Yönetmeliği ise bu uygulamaya tamamen son vererek diğer vakıflarla cemaat vakıfları arasındaki ayrımı ortadan kaldırmış ve diğer vakıflar için de geçerli olduğu gibi, sadece edinilen taşınmazın bir ay içinde bildirimini zorunluluğunu aramıştır.

4778 sayılı Yasaya dayanarak çıkartılan Yönetmeliğin olumsuz yanları ise Şu Şekildeydi:

-Bu Yönetmelikte faaliyette bulunan cemaat vakıfları başlığı altında muhtelif cemaatlere ait 160 vakfın listesi verilmekteydi¹⁰⁴. Aslında cemaat

¹⁰³ REYNA, Yuda/ZONANA, Ester Morena: Sunum (www.tesev.org.tr/etkinlik/cemaat_02_sunum.doc, e.t.20.10.2007).

¹⁰⁴ Cemaat Vakıflarının Ülkemizdeki bölgelere göre ayrıntılı dağılımını içeren tablolar hakkında bkz. ÖNDER, s.110 vd. Ülkemizde 1973 yılındaki resmi verilere göre toplam 256

vakıfları sayısının 160 değil, Vakıflar Genel Müdürlüğü kayıtlarına göre 161 olduğu ileri sürülmekteydi¹⁰⁵. Bu listenin sınırlayıcı (tahdidi) olmadığı, herhangi bir sebeple, liste dışı kalmış vakıfların, başvuruları halinde listeye eklenmesi gerektiği halde, liste dışı kalmış vakıfların başvuruları reddedilmiştir¹⁰⁶. Nitekim Danıştay da vermiş olduğu yakın tarihli yerinde bir kararda, liste dışı kalan vakıfların başvuruda bulunabileceği ve gereken araştırmaların yapılmadan talebin reddinin hukuka uygun olmadığı görüşündedir¹⁰⁷. Yeni Vakıflar Yönetmeliği bu şekilde bir liste yayımlamadığı için sorun, ortadan kalkmış gözükmektedir.

- 4928 sayılı “*Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun*”un¹⁰⁸ 2 nci maddesiyle, Vakıflar Kanununa geçici bir madde eklenmiş ve kayıt dışı taşınmazların tescili için 4771 Sayılı Kanunla altı ay olarak belirlenen başvuru süresi 4928 Sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten (19 Temmuz 2003 tarihinden) itibaren onsekiz aya çıkartılmıştı¹⁰⁹. Böylece Cemaat Vakıfları Yönetmeliği ile kaçırılan başvuru süresi, yeniden uzatılmış, uzatılan bu süreler adeta otomatike bağlanmıştır. Gerçekten de 5737 sayılı Yasada da benzer bir süre tanındığı (m.12 ve geçici m.7) görülmektedir.

Görüldüğü gibi son Cemaat Vakıfları Yönetmeliği, 4778 sayılı Yasaya uygun olarak, cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmesini (vasiyet, bağış ve sair yollarla) Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün iznine bağlamıştır. 4771 sayılı yasa ile yapılan değişiklikte bu izni Bakanlar Kurulu vermekteydi. Cemaat vakıfları, verilen izin üzerine amaçlarını gerçekleştirmek için bu taşınmaz malları edinebilecek ve kullanabilecekti. Oysa yukarıda değindiğimiz gibi 5737 sayılı Yasanın kabulünden sonra, cemaat vakıfları için izin sistemi kaldırılmış olup, serbestçe mal edinme olanağı getirildiğinden, bu hükümlere de dikkat etmek gerekir (m.12). Gerçekten de cemaat vakıflarının daha serbest hareket etme ve önündeki sair engellerin kaldırılması için yürürlüğe

cemaat vakfı olduğu da ileri sürülmektedir. Bk. İŞERİ/AKÜNAL/TEZEL/BAYRAKERİ, s.2’de yer alan Tablo-1 ve s.59-60.

¹⁰⁵ ÖNDER, s.109; İMAMOĞLU, s.56-57. Gerçekten de VGM İnternet sitesinde ilan edilen listedeki sayı 161’dir. Liste için bkz. www.vgm.gov.tr/vakiflarhk/cemaat.asp, e.t.27.10.2007

¹⁰⁶ Av. Yuda REYNA ve Av. Ester Morena ZONANA sunumu (www.tesev.org.tr/etkinlik/cemaat_02_sunum.doc, e.t.20.10.2007).

¹⁰⁷ Bu yöndeki karar için bkz. DANIŞTAY 10. DAİRE, E. 2003/2272, K. 2005/6741, T. 15.11.2005 (www.kazanci.com.tr, e.t.18.12.2007)

¹⁰⁸ RG.19.07.2003 tarih ve S: 25173.

¹⁰⁹ Bu durum hakkındaki olumlu görüş için bkz. REYNA/ZONANO, s.145.

konan son 5737 sayılı Vakıflar Kanunu daha özgürlükçü olarak hazırlanmış ve cemaat vakıflarının mal edinmeleri için izin sistemini de kaldırmış, edinilen malların bir ay içinde Genel Müdürlüğe bildirimini aramıştır (m.12/IV)¹¹⁰ ki bu konudaki görüşlerimize hemen aşağıda yer verilecektir.

¹¹⁰ Cemaat vakıflarına bu şekilde taşınmaz mal edinme özgürlüğü tanınmanın gerekçesi, Adalet Komisyonu raporunda şu şekilde izah edilmektedir (www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss98m.htm, e.t.01.03.2008): “...Sayın Cumhurbaşkanı, 5555 sayılı Kanununun 12 nci maddesiyle ilgili olarak, Yasayla, tüzelkişiliği oluşturan kurucu iradeye bağlı kalmaksızın, vakfedenin çizdiği konu, amaç, örgütlenme ve yönetim biçiminin dışına çıkılması ya da çıkılmasına izin verilmesi, başka bir anlatımla, vakfın yönetiminin, amacının ve mallarının serbestçe değiştirilmesi ya da değiştirilmesine izin verilmesi durumunda ortaya çıkan yapının, hukukun tanımladığı biçimiyle vakfın özel hukuk tüzelkişiliği olarak nitelendirilmesine olanak kalmayacağını ifade etmiş; vakfiyelerinde ya da vakıf senetlerinde kural bulunması koşuluna bağlamayan Kanununun 12 nci maddesinin, hukukun genel ilkeleriyle, Anayasanın 2 nci maddesinde yer verilen hukuk devleti niteliğinin gereği olan hukuk güvenliği ilkesiyle, Anayasanın örgütlenme özgürlüğü ve mülkiyet hakkına ilişkin 33 üncü ve 35 inci maddelerindeki kurullarla bağdaşmadığını belirtmiştir. 12 nci madde üzerinde yapılan görüşmeler sonucunda; aşağıda belirtilmiş olan ayrıntılı gerekçelerle, Sayın Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçesine Komisyonumuz katılmamış ve madde oy çokluğu ile aynen kabul edilmiştir.

Cemaat Vakıfları 1935 yılında yürürlüğe giren Vakıflar Kanunu ile tüzel kişilik kazanmışlardır. Kanun koyucu, Tasfiye Kanunu olarak nitelenen 2762 sayılı Kanunu düzenlerken beyanname veren gayrimüslim hayır kurumlarını da vakıf olarak kabul etmiştir. 1936 beyannameleri, soruların karşılıklarının doldurulduğu bir belgedir. Beyannamenin Türk Medeni Kanunu anlamında vakıf senedi özelliğini ya da mazbut ve mülhak vakıfların vakfiyelerinde yer alan unsurları içermesi mümkün de değildir. Bu vakıflara tüzel kişilik veren kanun koyucunun, tüzel kişiliğin gerektirdiği haklardan cemaat vakıflarını yoksun bırakması düşünülemez. Nitekim bu vakıflar 1936-1974 yılları arasında hiçbir izne gerek olmaksızın mal edinmişlerdir. Cemaat vakıfları da diğer vakıflar gibi Türk kurumlarıdır. Vakıf müessesesinin gereği olarak amaçlarını gerçekleştirmek için mal edinmeleri, malları üzerinde tasarrufta bulunmaları, özel hukuk tüzel kişiliğinin doğal bir sonucudur. Vakıf malvarlığının daha verimli değerlere dönüştürülmesini mümkün kılan yeni model, vakfın zatiyetinin ve amacının devam edebilmesinin zorunlu koşuludur. Geçmişte mevcudiyetleri sürdürülememiş vakıflar gerçeğinde bu noksanlığın etkisi gözardı edilemez. Ne vakıf kavramı, ne de vakıf emlakı donuk birer öz değildir...”

D. 5737 SAYILI VAKIFLAR KANUNU'NUNDAN SONRAKİ DURUM

10. Cumhurbaşkanı tarafından (5, 11, 12, 14, 16, 41 ve 68. maddeleri) veto edilen¹¹¹, cemaat vakıflarıyla ilgili son değişiklikleri de içeren TBMM Genel Kurulunda 09.11.2006 tarihinde kabul edilen 5555 sayılı Vakıflar Kanunu, 17.01.2008 tarihi itibarıyla TBMM Adalet Komisyonunda aynen kabul edilerek Genel Kurula gönderilmişti¹¹². Veto edilen 5555 sayılı Yasa, veto gerekçeleri yerinde görülmeyle aynen kabul edilmiş ve sadece Yasanın numarası değişerek 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı “Vakıflar Kanunu” halini almıştır¹¹³. Veto edilen 5555 sayılı Yasa ve onun yerine geçen 5737 sayılı “Vakıflar Kanunu”nda kısaca şu düzenlemeler vardır¹¹⁴:

05.06.1935 tarihli ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ve bu Kanunla ilgili birçok Kanun yürürlükten kaldırılmıştır (m.80).

Cemaat vakfı tanımına “*Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma*” ibaresi eklenirken, Türkiye’de yerleşik olmayan kişilerin cemaat vakıflarının yönetimine girmemesi hükme bağlanmıştır (m.3).

743 sayılı mülga TKM’sinin yürürlüğe girmesinden önce kurulan vakıflar, “*eski vakıf*”, daha sonra kurulanlar, “*yeni vakıf*” olarak adlandırılmıştır (m.3)¹¹⁵.

¹¹¹ 5555 sayılı Vakıflar Kanunu (Tasarısı) hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. ALTUNKAYA, s.1679 vd.; ÖĞÜZ, Tufan: Vakıflar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi ve Eleştirisi, Legal Hukuk Dergisi, Haziran 2007 (Vakıflar Kanunu Tasarısı), s.1819 vd.; ÖZDAMAR/DEĞER/UÇKAN, s.139 vd. Yukarıda anılan eleştiriler 5555 sayılı Tasarı için yapılmışsa da bu Tasarı yerini alan 5737 sayılı Vakıflar Kanunu da 5555 sayılı Tasarıda hiçbir değişiklik yapmadığından, 5737 sayılı Yasa için de geçerliliğini korumaktadır.

¹¹² Bu konudaki haber için bkz. www.hurriyet.com.tr/gundem/8043788.asp?gid=180&sz=48304 (e.t.17.01.2008). Haber başlığına göre: “10. Cumhurbaşkanı Sezer’in veto ettiği Vakıflar Yasası’nın 9 maddesi dün komisyonda aynen kabul edildi. Yasa yürürlüğe girince 1974’te el konulan 142 azınlık vakfı taşınmazı iade edilecek, üçüncü şahısların eline geçenlerin bedeli ödenecek.”

¹¹³ 5737 sayılı Yasa için bk. RG. 27.02.2008, S: 26800. Yasa hakkındaki tutanak ve raporlar için bk. www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss98m.htm (e.t.01.03.2008).

¹¹⁴ Tasarı metni ve gerekçesi için bk. www.vgm.gov.tr/vakiflarhk/kanuntasari.cfm (e.t. 28.10.2007).

¹¹⁵ Kanımca, ara dönem olan 743 sayılı TKM’nin kabulünden sonra ve Yeni 5737 sayılı Yasanın kabulüne kadarki dönemde kurulan vakıflara da sadece “vakıf” denilmelidir.

1936 beyannamelerinde kayıtlı olup, halen tasarruflarında bulunan “*nam-ı müstear*” veya “*nam-ı mevhumlar*” adına tapuda kayıtlı olan taşınmazlarla 1936 beyannamesinden sonra satın alınmış, vasiyet edildiği, bağışlandığı halde mal edineme gerekçesiyle Hazine veya Vakıflar Genel Müdürlüğü adına tescil edilmiş olan taşınmazlar cemaat vakıfları adına tescil edilebilecektir. Ancak bunun için onsekiz ay içinde başvuru yapma ve Vakıflar Meclisi’nin olumlu kararı da aranmıştır (m.12 ve geçici m.7).

Yabancılar, Türkiye’de hukuki ve fiili mütakabiliyet esasına göre, yeni vakıf kurabilecek, ancak bu vakıfların yöneticilerinin çoğunluğunun, Türkiye’de yerleşik bulunması gerekecektir (m.5-6).

Kurucularının çoğunluğu yabancı olan vakıfların mal edinmesi, Tapu Kanunu’ndaki sınırlamalara göre yapılacak, bu çerçevede vakıflar iki buçuk hektara kadar mal edinebilecektir (m.12).

Vakıf yöneticilerinin görevden alınma ve uzaklaştırılmaları mahkeme kararıyla yapılabilecektir (m.10).

Yabancılar Türkiye’de kurulan vakıfların yönetim organlarında da görev alabilecektir (m.5-6).

Vakıflar izin almadan mal edinip, sadece bir ay içinde edindiği malları Genel Müdürlüğe bildirimde bulunup, malları üzerinde her türlü tasarrufta bulunabilecek, işletme ve şirket kurabilecek, kurulmuş şirketlere ortak olabilecektir (m.12 ve m.26).

Cemaat vakıflarının ve hayratının amaç ve işlevleri vakıf yönetiminin teklifi üzerine Meclis kararı ile değişen şartlara göre yeniden düzenlenebilecek ve ihtiyaçlara uygun hale getirilebilecektir (m.14)¹¹⁶.

Vakıfların hayrat taşınmazları haczedilemeyecek ve rehnedilemeyecek, cemaat vakıflarına ait kısmen veya tamamen hayrat olarak kullanılmayan taşınmazlar, talep durumunda Vakıflar Meclisi kararıyla aynı cemaate ait başka vakfa tahsis edilebilecektir (m.15-16).

Böylece “*eski vakıf-vakıf-yeni vakıf*” kavramları kullanılmalıdır. Bu durumda, bir vakfın hangi Yasa döneminde kurulduğunu anlayabilmek olanağı da mevcut olabilecektir.

¹¹⁶ Ancak cemaat vakıfları bir vakfiyeye (vakıf senedine) sahip olmadıkları için bu hüküm kapsamında amaç ve işlev değişikliği yapamayacakları haklı olarak ileri sürülmektedir. Bk. ALTUNKAYA, s.1701. Yazara göre, burada “cemaat” ifadesi hükümden çıkarılmalı ve artık herhangi bir işlevi kalmamış olan bu tür vakıfların amaç ve şartlarının kendi yöneticileri tarafından değiştirilmesine imkan tanıyan ayrı bir düzenleme yapılmalıdır. Kanımca, cemaat vakıflarına vakfiye hazırlama olanağı verilmeli ve ondan sonra amaç ve işlev değişikliğine izin verilmeliydi.

Tapu kayıtları üzerinde vakıf şerhi bulunan taşınmazları tasarruf edenlerin mirasçısız ölümleri, kaybolmaları veya terk ve mübadil gibi durumlara düşmeleri durumunda, bu taşınmazların mülkiyetleri şerhte belirtilen vakfi adına tescil edilecektir (m.17).

Vakıflar, “*vakıf senedinde yer almak*” kaydıyla, uluslararası faaliyet ve işbirliğinde bulunabilecek, yurtdışında şube ve temsilcilik açabilecek ve yurtdışında kurulan kuruluşlara üye olabilecektir (m.25/I).

Vakıflar, yurtiçi ve yurtdışındaki kişi ve kuruluşlardan aynı ve nakdi bağış ve yardım alıp yardımda bulunabilecektir (m.25/II).

Vakıf yoluyla meydana gelip de her ne surette olursa olsun Hazine, belediye, özel idarelerin veya köy tüzelkişiliğinin mülkiyetine geçmiş eski eserler mazbut vakfına devredilecektir (m.30).

5737 sayılı Vakıflar Kanununda (öncesindeki 5555 sayılı Tasarıda), cemaat vakıflarına getirilen en önemli değişiklik, bunların mülhak vakıf statüsünden uzaklaştırılarak, kurulması öngörülen yeni vakıflara yakınlaştırılması, ancak eski vakıflar arasında kabul ederek de yeni bir tür yaratması konusundadır¹¹⁷. Görüldüğü gibi, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu (öncesindeki 5555 sayılı Tasarı), cemaat vakıflarına taşınmaz mal edinme yanında daha geniş serbesti getirmektedir¹¹⁸. Bu yönüyle cemaat vakıfları adeta iktisadi

¹¹⁷ Tasarının (dolayısıyla 5737 sayılı Yasanın) bu yönünün eleştirisi için bk. ÖĞÜZ, Vakıflar Kanunu Tasarısı, s.1821-1822. Nitekim İsviçre’de kilise vakıflarının, kamu hukuku kuralları hariç, ayrı bir statüde olduğu (denetim makamının denetimine tâbi olmadığı) açıkça belirtilmiştir (ZGB. Art.87). Bu konudaki açıklamalar için bkz. KNELLWOLF, Art.87 (s.117-118) altındaki açıklamalar; EGGER, madde 87, Kn.2 vd.; Cemaat vakıflarının aile vakıflarına dönüştürülerek ve Vakıflar Kanunu kapsamı dışına çıkartılarak diğer Medeni Kanun vakıflarına uygun hale getirilmesi gerektiği görüşü ile bu çerçevede hazırlanan “*Cemaat Vakıflarına İlişkin Kanun Tasarısı*” önerisi için bkz. HATEMİ, Cemaat Vakıfları, s.807 vd. Avrupa’daki eğilimin de dini amaçlı vakıfların kendi kurallarına tabi olması yönündedir. Ancak Ülkemiz bakımından konunun iyi değerlendirilmesi ve sakıncalı durumlara da meydan verilmemesi gerekir. Bu konuda bkz. OZANOĞLU, s.784.

¹¹⁸ Bu açıdan, özellikle yabancı gerçek veya tüzel kişilerin, vakıf kurduğu veya mütevellî heyetinde yer aldığı hallerde, Tapu Kanununda yabancılar için öngörülen kısıtlamaların dolanılarak serbestçe taşınmaz mal edinmelerinin olanak dahilinde olduğu ve bunun yerinde olmadığı, ayrıca cemaat vakıfları lehine ayrımcılık yapılarak eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı hakkında bkz. ÖZDAMAR/DEĞER/UÇKAN, s.152. Ancak bu eleştiri karşısında yer alan görüşe göre, hâlâ, bir kısım cemaat vakıfları temsilcileri düzenlemeleri yetersiz bulmaktadır. Örn. bu konuda “*Mazbut statü laikliğe aykırı*” başlıklı ve “*İstan-*

işletmeler veya şirket gibi düşünülmüş, amaçlarına ulaşmak için iktisadi işletme veya şirket kurabilecekleri öngörülmüştür (m.26)¹¹⁹. Nitekim 10. Cumhurbaşkanı'nın cemaat vakıfları ile ilgili veto gerekçeleri (s.12 vd.) arasında da değindiği gibi¹²⁰,

-Türk Medeni Kanununun değinilen kurallarından hareketle, vakfi oluşturan öğeleri, mal, amaç, malın bu amaca özgülmesi, vakıf kurma istenci ve bu istencin yetkili makamca tescili, yani geçerli bulunması olarak saymak olanaklıdır. Cemaat vakıflarının, kısmen ya da tümüyle hayrat olarak kullanılmayan taşınmazlarının, vakıf yönetiminin istemi üzerine Vakıflar Meclisi kararıyla, aynı cemaate ilişkin başka bir vakfa özgülenebilmesi ya da vakfın

bul Rum Patriği I. Bartholomeos, Başbakanlığa gönderdiği bir mektupla, cemaat vakıflarının "mazbut statüye alınma" uygulamasından vazgeçilmesini istedi" alt başlıklı 05.01.2008 tarihli Hürriyet Gazetesi haberi için bkz.www.hurriyet.com.tr/gundem/7970327.asp?gid=180&sz=22142 (e.t. 05.01.2008).

¹¹⁹ Ancak düzenleme, salt cemaat vakıfları için değil, tüm vakıflar için öngörülmüştür. Türk hukukunda ticari işletme işleten vakıflar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. OCAK, s.244 vd.; DOĞAN, Murat/NARBAY, Şafak: *İktisadi Amaçla Vakıf Kurulamaması Prensibi ve Vakfın İktisadi İşletme İşletmesi*, AÜEHFD., Cilt IV, S: 1-2, Yıl: 2000, s.437 vd., özellikle s.448 vd.; ÇEVİK, Kemal: *Fransız ve Türk Hukukunda Tek Ortaklı Şirket/Sınırlı Sorumlu Ticari İşletme*, Prof.Dr. Ali BOZER'e Armağan, Ankara 1998, s.37 vd., özellikle s.53-54. Bu yönüyle vakıflar, Alman hukukunda geçerli olan Vakıf-Limited Şirket (Stiftung GmbH) veya Vakıf-Komandit Şirket (Stiftung & Co. KG) karışımı yapıya benzer bir hale gelmiştir. Alman hukukundaki Vakıf-Limited Şirket veya Vakıf-Komandit Şirket karışımı yapı hakkında bkz. DELP, Udo: *Die Stiftung & Co. KG*, Heidelberg 1991, s.4 vd.; HOF, Hagen: *Stiftungsrecht in Europa*, Stiftungen im deutschen Recht, Köln-München 2001, s.338; SEIFART, Werner: *Handbuch des Stiftungsrechts*, München 1987, §2, Rn.17 ve §13, 1 vd. özellikle Rn.3 ve Rn.12. Bu konudaki tartışma, vakıf görünümü altında ticaret yapılıp yapılmadığı noktasında düğümlenmektedir. Bu konuda bkz. HOPT, J.Klaus/REUTER, Dieter: *Stiftungsrecht in Europa*, Eine Einführung, Köln-München 2001, s.14-15; RIEMER, Hans Michael: *Stiftungsrecht in Europa*, Stiftungen im schweizerischen Recht, Köln-München 2001 (Kıs. Stiftungsrecht in Europa), s.517. İsviçre'de ise amacına ulaşmak için "işletme vakıfları veya işletmeye bağlı vakıflar" (Unternehmensstiftungen oder unternehmensverbundene Stiftungen) kavramı vardır. Bu işletme, ticaret şirketi (hatta Holding) de olabilmektedir. Bkz. GRÜNINGER, Vorbemerkungen Art.80-89bis, Nr.15 vd.; RIEMER, Stiftungsrecht in Europa, s.515 ve s.517; RIEMER, ZGB-Stiftungen, Nr.54 ve Nr.384 vd.; PEDRAZZINI, s.204. AB ülkelerinde genel eğilim ise, vakıfların amacına ulaşabilmek için ticari işletme işletebileceği yönündedir. Bkz. OZANOĞLU, s.783.

¹²⁰ Veto gerekçesi için bkz. www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0024.pdf (e.t.25.10.2007).

akarına dönüştürülebilmesini, vakfiyelerinde ya da vakıf senetlerinde kural bulunması koşuluna bağlamayan 5. maddesinin üçüncü fıkrası, 12. maddesi, 16. maddesinin üçüncü ve son fıkraları, 25. maddesinin ikinci fıkrası ve 26. maddesi; hukukun genel ilkeleriyle, Anayasa'nın 2. maddesinde yer verilen hukuk devleti niteliğinin gereği olan hukuk güvenliği ilkesiyle, Anayasa'nın örgütlenme özgürlüğü ve mülkiyet hakkına ilişkin 33 ve 35. maddelerindeki kurallarla bağdaşmamaktadır.

-İncelenen Yasa'yla cemaat vakıflarına ilişkin olarak getirilen en önemli değişiklik, bunların mülhak vakıf statüsünden uzaklaştırılarak, Türk Medeni Yasası'na göre kurulan yeni vakıflara yakınlaştırılmasıdır.

-Cemaat vakıflarının mülhak vakıflar arasından çıkarılmasının ve Türk Ulusunun bağımsızlığına, ülkenin bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyet ve demokrasiye dolayısıyla Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmektedir.

-1967 yılında 903 sayılı kanunla Medeni kanuna eklenen Yeni Medeni Kanununun 101 maddesinde yer alan "cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz" hükmünün laikliğin gereği olduğu ve bu nedenle "cemaat vakfı türünde bir vakfın Türkiye'de kurulması hiçbir biçimde mümkün değildir... Cemaat vakıflarına, bu niteliklerini değiştirmemelerine karşın, ekonomik ve siyasal güç elde edecekleri biçimde yeni haklar ve ayrıcalıklar tanınmasını ve bunların mülhak vakıf statüsünden çıkarılarak yeni bir vakıf türü biçiminde yaşayan hukuksal varlıklar olarak sosyal yaşama katılmalarını sağlayacak düzenlemeleri, Lozan Antlaşması'yla, Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş ilkelerinin ortaya konulduğu anayasal ilkelerle, mevcut hukuk sistemiyle, Anayasa'nın ayrıcalıkları yasaklayan 10. maddesiyle ve ayrıca ulusal çıkarlarla ve kamu yararıyla bağdaştırmak olanaklı değildir...

-İncelenen Yasanın vakıfları, sosyal devlet olmanın kimi gereklerini üstlenebilecek "ekonomik aktörler" olarak öngördüğü ve yukarıya alınan kuralların bu anlayış ve yaklaşımla kabul edildiği anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle, vakıflar, sosyal ve siyasal yaşam içinde bir sivil toplum örgütü olarak öngörülmüştür. Yalnızca hayır için topluma hizmet etme kurumları olan vakıfların, ekonomik aktör, siyasal ve sosyal bir örgütlenme modeli, demokratik kitle örgütü ya da sivil toplum örgütü olarak nitelenmesine olanak bulunmamaktadır..."

5737 sayılı Vakıflar Kanunu (5555 sayılı Tasarının) geçici 7. maddesi, cemaat vakıflarına taşınmaz mal edinmeleri ile ilgili olarak, mevcut düzenlemelerde yer aldığı üzere, taşınmaz mal edinmeleri ile ilgili kısıtlamaları ortadan kaldırmak için 18 aylık süreyle sınırlı olarak tescil hakkı getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre:

"Geçici Madde 7- Cemaat vakıflarının;

a) 1936 Beyannamelerinde kayıtlı olup, halen tasarruflarında bulunan nam-ı müstear veya nam-ı mevhumlar adına kayıtlı olan taşınmazlar, b) 1936 Beyannamesinden sonra cemaat vakıfları tarafından satın alınmış veya cemaat vakıflarına vasiyet edildiği veya bağışlandığı halde, mal edine-me gerekçesiyle halen; Hazine veya Genel Müdürlük ya da vasiyet edenler veya bağışlayanlar adına tapuda kayıtlı olan taşınmazlar, tapu kayıtlarında-ki hak ve mükellefiyetleri ile birlikte bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onsekiz ay içinde müracaat edilmesi halinde, Meclisin olumlu kararından sonra, ilgili tapu sicil Müdürlüklerince cemaat vakıfları adına tescil-leri yapılır”.

Bu düzenlemede, mevcut düzenlemelerdekine paralel tescil hakkı tanınmış ise de Hazine veya VGM adına kayıtlı bulunmayan, başkalarına satılan veya devredilen ve cemaat vakıfları lehine tescil edilmesi olanağı bulunmayan taşınmazlar için tazminat hakkı öngörülmemiştir ki, bu yönde bir düzenleme yapılması uygun olurdu¹²¹. Bununla birlikte, kanımca geçici 7. madde kapsamına girip de taşınmazlarını tescil olanağı elde edemeyen cemaat vakıfları genel hükümlere göre tazminat hakkı elde edebilmelidir. Aksi halde Ülkemiz aleyhine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine cemaat vakıfları tarafından tazminat başvurularının ardı kesilmeyecektir.

V. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN CEMAAT VAKIFLARI HAKKINDAKİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı'nın, 1997 yılında yaptığı başvuru üzerine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), cemaatlere (azınlıklara) ait vakıflar tarafından Türkiye aleyhine açılmış davalarla ilgili ilk kararını 9 Ocak 2007 tarihinde açıklamıştı¹²². AİHM bu kararında, Türkiye'de cemaatlere (azınlıklara) ait vakıfların mülk edinmeleriyle ilgili mevcut yasal düzenlemelerin Lozan Antlaşması'yla verilen hakları kısıtladığını, bu durumun da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin mülkiyet hakkı ve ayrımcılıkla ilgili maddelerine aykırı olduğunu öne süren vakfın mülkiyet hakkının ihlal edil-

¹²¹ Üçüncü kişilere satılan cemaat vakıfları malları akibeti hakkında hüküm olmadığı, bu hususta belirsizlik olduğu görüşü için bk. ALTUNKAYA, s.1708.

¹²² 9 Ocak 2007 tarihli kararın Fransızca tam metni (AFFAIRE FENER RUM ERKEK LİSESİ VAKFI c. TURQUIE, No: 34478/97) için bkz. www.geocities.com/vbicak/frelisesi.htm. (e.t. 18.12.2007). Bu kararın Türkçe metni için bk. www.rightsagenda.org (e.t. 01.03.2008).

diği anlamına geldiğine hükmetmiştir¹²³. Aslında benzer mülkiyet problemleri yabancı ülkelerde de yaşanmaktadır¹²⁴. AİHM, ayrımcılık yapıldığı iddiası konusunda ise başvuruyu incelemeye gerek görmemiştir. AİHM, ayrımcılık yapıldığına karar vermiş olsaydı, Türkiye, müslüman olmayan cemaatlere (azınlığa) ayrımcılıktan hüküm giymiş olacaktı. AİHM, davacı vakfın tazminat talebini de tam olarak karşılamamıştır. Mahkeme, vakfa ait iptal edilen tapuların 3 ay içinde tekrar vakıf adına kaydedilmesini karara bağlamıştır. Bu işlem, gerekli kurumlar tarafından gerçekleştirilmezse, Türkiye'nin karar kesinleştikten sonra Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı'na mahkeme masrafları da dahil 910 bin Euro tazminat ödemesine ve bu miktara faiz işletilmesine karar verilmiştir¹²⁵. Türkiye, bu davayla ilgili olarak AİHM'ye ilettiği belgelerde, son yıllarda dini azınlık vakıfları konusunda yasal düzenlemelere gidildiğini, 116 cemaat vakfının 2.234 gayrimenkul hakkında kayıt başvurusunda bulunduğunu ve Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün bu başvuruların 434'üne olumlu yanıt verdiğini bildirmiştir.

Azınlık vakıfları ise yapılan yasal düzenlemelerin, vakıfların 1936 ve 1974 yılları arasında bağış ve diğer yollarla edindikleri gayri menkullerin iadesini öngörmediğini ve Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün 1936 sonrası elde edilen gayri menkullerin kaydını reddettiğini belirterek, Türk hükümetinin

¹²³ Bu konudaki haber için bkz. 9 Ocak 2007 tarihli Hürriyet Gazetesi (hursiv.hurriyet.com.tr/goster/haber.aspx?id=5745363) ve 10 Ocak 2007 tarihli Milliyet Gazetesi (www.milliyet.com.tr/2007/01/10/siyaset/asiy.html, e.t.18.12.2007).

¹²⁴ Örneğin, Almanya'da cami kurmak isteyen cemaatlere arsa tahsisinde zorluklar yaşandığı bilinen bir gerçektir. Bu ve benzer problemler için bkz. MÜLLER, Norbert: Religiöse Stiftungen in Deutschland, Rechtsprobleme muslimischer Stiftungen in Deutschland, Köln-München 2006, s.110-111.

¹²⁵ Kararın sonuç kısmının tamamı şu şekildedir: "a) Davalı devlet tarafından, Sözleşmenin 44 § 2. maddesi uyarınca bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren 3 ay içinde, uyuşmazlık konusu taşınmazların tapu sicilinde başvuran adına tesciline;
b) Bu tescilin yapılmaması halinde, davalı Devletin aynı üç aylık sürede başvurana maddi tazminat olarak 890 000 Euro ve mahkeme masraf ve harcamaları olarak 20 000 Euro ve bu miktarlara uygulanabilecek her türlü vergiyi ödemesine;
c) Yukarıda anılan üç aylık sürenin aşılmasından ödeme gününe kadar geçecek süre için Avrupa Merkez Bankasının uyguladığı marjinal ödünç verme faizi oranına üç puan eklenmek suretiyle elde edilecek oranın gecikme faizi olarak uygulanmasına;
d) Hakkaniyetli tazmin talebinin kalan kısmının reddine karar vermiştir. Bu karar Fransızca olarak hazırlanmış ve 9 Ocak 2007 tarihinde Mahkeme İç tüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3. maddeleri uyarınca yazılı olarak tebliğ edilmiştir." Bk. www.rightsagenda.org (e.t. 01.03.2008).

savunmasına karşı çıkmıştır. AİHM tarafından açıklanan karar, benzer davalar için örnek teşkil edecek olması bakımından önem taşımaktadır. AİHM gündeminde benzer çok sayıda başvuru bulunmaktadır. Ülkemizde, yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi, 4771 ve 4778 sayılı yasalarla 2762 sayılı Vakıflar Kanununda yapılan değişiklik sonrası, özellikle 2762 sayılı Yasa yerine kabul edilen 5737 sayılı yeni Vakıflar Kanununda izin sisteminin kaldırılmış olması cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinme olanaklarını oldukça genişletmiştir. Bu Yasa, cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmesini, herhangi bir kısıtlamaya tabi tutmadan (1936 öncesi veya sonrası ayırımı yapmadan) kabul etmiştir. Bu yönüyle AİHM’de bekleyen davaların, son Vakıflar Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle reddedilmesi olasılığı yüksektir. Ancak yukarıda da değindiğimiz gibi, 5737 sayılı son Vakıflar Kanununda cemaat vakıfları lehine tescil edilemeyecek taşınmazlar için tazminat hakkının unutulması nedeniyle ve uygulamada genel hükümlere göre tazminat hakkı tanınmayacak olursa, Ülkemiz aleyhine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine cemaat vakıfları tarafından tazminat başvurularının arkası kesilmeyecek gibi gözükmektedir.

SONUÇ

Ülkemizde Türkiye Cumhuriyetinin kurulmasından daha önceki dönemlerde kurulmuş olan azınlık (cemaat vakıfları), kuruldukları yıllardan beri tartışma konusu olmuştur. Önceleri sadece belirli ve sınırlı amaçlar (ibadethane açma, mezarlık kurma, okul açma vb.) için ve Padişah fermanlarıyla kurulan hayır amaçlı bu kuruluşlar, önceleri “*azınlık vakıfları*”, günümüzde ise “*cemaat vakıfları*” adını almıştır.

Cemaatlere (azınlıklara), ait vakıfların özellikle taşınmaz mallar edinmeleri konusu, Ülkemizde uzun yıllar tartışma konusu olmuştur. Sorun, ilk defa 1328 (1912) “*Eşhası Hükmiyenin Gayrimenkul Emvali Tasarrufları*” tarihli Muvakkat Kanunla (m.3), Osmanlı tabiyetindeki (uyruğundaki) şirketlere, cemaat ve hayır kurumlarına taşınmaz mallara tasarruf etme yetkisi yani mal edinme hakkı tanınarak giderilmiştir.

Konu daha sonra, 923 tarihli Lozan Barış Antlaşmasınının 37- 45. maddelerinde ise “*Azınlıkların Korunması*” düzenlenmiştir. Konu ile ilgili olan 42. maddenin üçüncü fıkrasında; Hükme göre, bu azınlıkların Türkiye’deki vakıflarına, din ve hayır işleri kurumlarına her türlü kolaylıklar ve izinler sağlanacak ve Türk Hükümeti, yeniden din ve hayır kurumları kurulması için, bu nitelikte öteki özel kurumlara sağlanmış gerekli kolaylıklardan hiçbirini esirgemeyecektir. Bu kuralla ilk defa azınlıkların vakıflarından söz edilmektedir.

Lozan Anlaşması da Osmanlı dönemindeki din temelli anlayışa sadık kararlar, sadece Müslüman olmayanları azınlık olarak kabul etmiştir. Böylece, Lozan Anlaşmasına göre, Türkiye’de azınlık olarak kabul edilen yalnızca Müslüman olmayan (gayrimüslim) Türk vatandaşlarıdır.

17.2.1926 günlü 743 sayılı TKM.nin yürürlüğe girmesiyle, bu dönemden önce kurulan eski vakıfların yeni Yasa hükümlerine bağlı olması uygun görülmediğinden, 19.6.1926 gün ve 864 sayılı Kanunu Medeninın Sureti Meriyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun’un 8. maddesinde, Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kurulan vakıflar hakkında ayrı bir yasal düzenleme yapılacağı belirtilmiş ve bu madde uyarınca 13 Haziran 1935 tarihinde yayımlanan 5.6.1935 günlü 2762 sayılı Vakıflar Kanunu çıkarılmıştı. Bu Kanunla, Türk Kanunu Medenisinden önce eski hukuka göre kurulan vakıflara, varlıklarına ve vakfiyelerine zorunlu durumlar dışında dokunmadan yeni usul ve esaslar getirilmişti. Lozan Barış Antlaşmasınının 42. maddesinde sözü edilen azınlık vakıfları 2762 sayılı Vakıflar Kanununa dahil edilmişti. 864 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 3.12.2001 günlü, 4722 sayılı yeni Medeni Kanunun Yürürlük Kanunu 8. maddesinde ise, Türk Kanunu Medenisinin yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş bulunan vakıflar için yürürlükte olan özel hükümlerin saklı kalmaya devam edeceği kuralı getirilmektedir. 20.02.2008 tarihli ve 5737 sayılı yeni Vakıflar Kanunu da bazen 2762 sayılı Yasaya göre kurulan cemaat, ve esnaf vakıflarından bazen de, 2762 sayılı Yasaya göre yürütülen mazbut vakıflardan söz ettiğine göre (m.3), 2762 sayılı Yasa kriterlerinin ve hükümlerinin uygulanmasına devam edileceği görülmektedir. 4.10.1926 tarihinden önce kurulan tüm vakıflar ile cemaatlere ait vakıflar, halen yürürlükte olan 5737 sayılı (yeni) Vakıflar Kanunu hükümlerine tabi olmakla beraber, yürürlükten kalkan 2762 sayılı uygun kuruluş kurulmadıklarına bakılacak ve Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından denetlenecektir.

2762 sayılı Yasa’nın geçici 1. maddesi ile cemaat vakıflarını yöneten kişilerce, bütün malların, gelirlerin ve bunları sarf edildikleri yerlerin birer beyanname ile Vakıflar İdaresine bildirilmesi şart koşulmuştur. Cemaat vakıflarının vakfiyeleri (vakıf senetleri) olmadığı için bunların vermiş oldukları 1936 tarihli beyannameler, vakfiye yerine geçmiştir. Cemaat vakıflarının çoğunun tüzel kişiliği konusu tartışmalı olduğu için, bu vakıfların çoğu, Osmanlı döneminde ve sonrasında, nam-ı müstear (takma) veya nam-ı mevhum (bilinmeyen) denilen adlarla (örneğin, Meryem Ana, Hz. İsa, Hristiyan azizleri veya melek isimleriyle) taşınmazlarını tapuya kayıt ettirmiştir.

2762 sayılı Vakıflar Kanunu geçici 1. maddeye göre, cemaat vakıflarını yöneten kişilerce, bütün malların, gelirlerin ve bunları sarf edildikleri yerlerin birer beyanname ile Vakıflar İdaresine bildirilmesi şart koşulmuştur.

Uygulamada bu bildirimde “1936 Beyannamesi” denmiş, cemaat vakıflarının vakfiyeleri (vakıf senetleri) olmadığı için bunların vermiş oldukları 1936 tarihli beyannameler, vakfiye yerine geçmiştir. Cemaat vakıflarına ait bir çok taşınmaz, bu hükümden yararlanılarak cemaat vakıfları adına kayıt edilmiştir. Ancak o dönemlerde, kadastro yapılan yerlerdeki taşınmazların bir kısmı cemaat vakıfları adına tescil edilememiştir. Gerçekten bazı kadastro bölgelerinde kayıtlar açık bırakılmış, bazılarında Hazine lehine kayıt yapılmış, bazıları ise daha sonra açılan davalarla vakıflar lehine kararlar alınmıştır. Ancak Yargıtay’ın 02.12.1942 tarih ve 3/25 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile 44. madde hükmüne göre, idari yoldan vakıf adına tescilin yapılabilmesi için kayıt sahibinin talebinin gerekli olduğu, bu olmazsa mahkeme kararı gerekeceği yolunda bir sonuca varmıştır. Bu karar, uygulamada tereddütlere yol açmış, adlarına nam-ı müstear veya nam-mevhum olarak tescil yapılanlar gaip olduğundan veya mirasçısı bilinmediğinden, beyan yapacak kimse doğal olarak bulunamamış, bu taşınmazlara kayyım atanması yoluna gidilmiştir. TBMM 2.7.1956 tarih ve 1972 sayılı tefsir kararı ile soruna çözüm getirmeye çalışılmış, cemaat vakıfları lehine tescil yapılması yolu kolaylaştırılmış ve idari açıdan sorun, 1974 tarihine kadar çözümlenmiştir.

1974 tarihinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 8.5.1974 gün ve E.1971/2-820, K.1974/505 sayılı oybirliğiyle verilen kararında, kısaca Osmanlı Devleti döneminde kurulan mazbut veya mülhak vakıfların hiçbirisinin vakfiyesinde bağış alacağına dair bir hüküm olmadığından, azınlık vakıflarının 2762 sayılı Kanuna göre verdikleri “beyanname”ler, “vakıfname (vakfiye)” olarak kabul edilmiş, ancak bu vakıfnamede mal edinmeye ilişkin bir şerhin bulunmaması karşısında mal edinemeyeceklerine, bağış ve vasiyet kabul edemeyeceklerine hükmedilmiş böylece bu yöndeki tartışmalar sona ermiş, ancak taşınmaz mal edinmede olumsuz karar sonrası, cemaat vakıflarının sahip oldukları taşınmazlar onlar lehine tescil edilmemiş, hatta bir kısım taşınmazlar ellerinden alınmaya başlanmıştır. Gerçekten de bu beyannameler “vakfiye” sayıldığından ve bu beyannamelerde vakfiye (mal edinme amacı) karakteri olmadığından, hukuken, cemaat vakıflarının 1936 sonrası bu beyannamelerde belirtmeyen taşınmazların geri alınması yolu açılmıştır.

1974 tarihli Yargıtay kararından sonra, cemaat vakıflarının taşınmaz mallarının geri alınmaya başlanması birçok şikayeti de beraberinde getirmiştir.

Uygulamada oluşan olumsuz hava nedeniyle Avrupa Birliği’ne uyum Yasaları çerçevesinde 2762 sayılı Vakıflar Kanununun cemaat vakıfları ile ilgili hükümlerinde 4771, 4778 ve 4928 sayılı Yasalarla değişiklikler yapılmıştır. AB’ye uyum Yasaları çerçevesinde çıkarılan özellikle 03.08.2002 tarihli 4771 sayılı Yasanın ve 2002 tarihli Yönetmeliğin kabulünden sonra,

Kanun çerçevesinde 5 yıl içinde 121 azınlık vakfının, 1262 adet taşınmaz malla ilgili olarak başvuruda bulunduğu belirlenmiş, yapılan incelemeler sonucunda 364 adet taşınmaz mal bu vakıflar adına tescil edilmiştir. Öte yandan tescil talebinde bulunulan 898 adet taşınmaz mal, kamu kurum ve kuruluşlar ile gerçek kişiler adına kayıtlı bulunduğu (114 adedi Hazine, 28 adedi Vakıflar Genel Müdürlüğü, 294 adedi şahıs, 452 diğer kurum ve kuruluşlar) azınlık vakıfları adına tescil edilmemiştir. Kanun çerçevesinde ayrıca 6 adet vakfın 22 adet taşınmaz mal bağış alma talebi olumlu karşılarken, 5 vakfın 6 adet taşınmaz mal satın alma talebine, 5 adet vakfın 9 adet taşınmaz malının satışına izin verilmiştir. 5737 sayılı yeni Vakıflar Kanunu da uyum yasaları çerçevesinde çıkan 4771 ve 4778 sayılı Yasalardan daha geniş haklar getirmiş olup bunlara da yeri geldikçe değinilmiştir.

Yargıtay'ın, 4771 ve 4778 sayılı AB'ye uyum yasaları sonrası verdiği kararlar, cemaat vakıflarının 1936 sonrası taşınmaz mal edinmeleri bakımından, daha olumludur.

10. Cumhurbaşkanı tarafından (5, 11, 12, 14, 16, 41 ve 68. maddeleri) veto edilen, cemaat vakıflarıyla ilgili son değişiklikleri de içeren TBMM Genel Kurulunda 09.11.2006 tarihinde kabul edilen 5555 sayılı Vakıflar Kanunu, 17.01.2008 tarihi itibarıyla, TBMM Adalet Komisyonunda aynen kabul edilerek (veto gerekçeleri yerinde görülmeden) Genel Kurula gönderilmiş ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu olarak yürürlüğe girmiştir. Cemaat vakıflarının daha serbest hareket etme ve önündeki sair engellerin kaldırılması için 5737 sayılı Vakıflar Kanunu daha özgürlükçü hükümler getirmiş, cemaat vakıflarının serbestçe mal edinebileceklerini kabul etmiş, sadece bu malların VGM.e bildirimini öngörmüştür (m.12). Bu Yasada kısaca, 1936 beyannamelerinde kayıtlı olup, halen tasarruflarında bulunan “*nam-ı müstear*” veya “*nam-ı mevhumlar*” adına tapuda kayıtlı olan taşınmazlarla 1936 beyannamesinden sonra satın alınmış, vasiyet edildiği, bağışlandığı halde mal edineme gerekçesiyle Hazine veya Vakıflar Genel Müdürlüğü adına tescil edilmiş olan taşınmazlar cemaat vakıfları adına tescil edilebilecektir. Vakıflar izin almadan mal edinip, malları üzerinde her türlü tasarrufta bulunabilecek, işletme ve şirket kurabilecek, kurulmuş şirketlere ortak olabilecektir (m.12 ve m.26). Yeni Yasada Cemaat vakıflarında getirilen en önemli değişiklik, bunların mülhak vakıf statüsünden uzaklaştırılarak Tasarıyla kurulması öngörülen yeni vakıflara yakınlaştırılması, ancak eski vakıflar arasında kabul ederek de yeni bir tür yaratılmasıdır. Görüldüğü gibi, 5737 sayılı yeni Vakıflar Kanunu, cemaat vakıflarına taşınmaz mal edinme yanında daha geniş serbesti getirmektedir. Bu yönüyle cemaat vakıfları, adeta iktisadi işletmeler veya şirket gibi düşünülmüş, amaçlarına ulaşmak için iktisadi işletme veya şirket kurabilecekleri öngörülmüştür (m.26).

Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı'nın, 1997 yılında yaptığı başvuru üzerine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), cemaatlere (azınlıklara) ait vakıflar tarafından Türkiye aleyhine açılmış davalarla ilgili ilk kararını Ocak 2007 tarihinde açıklamıştır. AİHM kararına göre, Türkiye'de cemaatlere (azınlıklara) ait vakıfların mülk edinmeleriyle ilgili mevcut yasal düzenlemelerin Lozan Antlaşması'yla verilen haklar kısıtlanmıştır. Bu durum da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin mülkiyet hakkı ve ayrımcılıkla ilgili maddelerine aykırı olduğunu öne süren vakfın mülkiyet hakkının ihlal edildiği anlamına gelmektedir. AİHM, ayrımcılık yapıldığı iddiası konusunda ise başvuruyu incelemeye gerek görmemiştir. AİHM, davacı vakfın tazminat talebini de tam olarak karşılamamıştır. Mahkeme, vakfa ait iptal edilen tapuların 3 ay içinde tekrar vakıf adına kaydedilmesini karara bağlamıştır. Bu işlem, gerekli kurumlar tarafından gerçekleştirilmezse, Türkiye'nin karar kesinleştikten sonra Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı'na mahkeme masrafları da dahil 910 bin Euro tazminat ödemesine karar verilmiştir. AİHM tarafından açıklanan karar, benzer davalar için örnek teşkil edecek olması bakımından önem taşımaktadır. AİHM gündeminde benzer çok sayıda başvuru bulunmaktadır.

Ülkemizde yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi 4771 ve 4778 sayılı yasalarla 2762 sayılı Vakıflar Kanununda yapılan değişiklik sonrası, özellikle son 5737 sayılı Vakıflar Kanununda izin sisteminin de kaldırılmış ve serbestçe mal edinme özgürlüğü tanınmış olması karşısında, cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinme olanakları oldukça genişletilmiştir. 5737 sayılı Vakıflar Kanunu, cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmesini, herhangi bir kısıtlamaya tabi tutmadan (1936 öncesi veya sonrası ayrımı yapmadan) kabul etmiştir. Bu yönüyle AİHM'de bekleyen davaların, son Vakıflar Kanunu'nun da yürürlüğe girmesiyle reddedilmesi olasılığı yüksektir. Ancak, 5737 sayılı Vakıflar Kanununda cemaat vakıfları lehine tescil edilemeyecek taşınmazlar için tazminat hakkının unutulması (veya açıkça tanınmaması) nedeniyle, genel hükümlere göre tazminat hakkını tanımak gerekir. Genel hükümlere göre uygulamada tazminat hakkı kapatılacak olursa, Ülkemiz aleyhine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine cemaat vakıfları tarafından tazminat başvurularının arkası kesilmeyecek gibi gözükmektedir. Ayrıca Türkiye, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile tüm farkları kaldırarak diğer vakıflarla cemaat vakıflarını eşit duruma getirmiş durumdadır. Lozan Anlaşmasının da öngördüğü bu düzenlemelerin yine Lozan Anlaşmasında öngörüldüğü üzere Batı Trakya'da yaşayan Müslüman Türk toplumu için de geçerli kılınması gerekmektedir.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
Art.	: Artikel
AİHM.	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜEHFD.	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
CHP	: Cumhuriyet Halk Partisi
dn.	: dipnot
E.	: Esas
e.t.	: erişim tarihi
EÜHFD.	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
Kıs.	: Kısaltma
Kn.	: Kenar numarası
m.	: madde
MK.	: 4721 sayılı (Yeni) Medenî Kanun
Nr.	: Nummer (Numara)
TKM.	: 743 sayılı (mülga) Türk Kanunu Medenîsi
Rn.	: Randnummer (Kenar numarası)
RG.	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TBMM.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
THD.	: Türk Hukuk Dergisi
vb.	: ve benzeri
VGM	: Vakıflar Genel Müdürlüğü
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay

YD.	: Yargıtay Dergisi
YHD.	: Yasa Hukuk Dergisi
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD.	: Yargıtay Kararlar Dergisi
ZGB.	: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

KAYNAKÇA *

- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2002.
- AKINTÜRK, Turgut: Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Medeni Hukuk, 9. Bası, İstanbul 2003.
- AKÜNAL, Teoman: Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, I, İstanbul 1995.
- ALTUNKAYA, Mehmet: *Vakıflar Kanunu Tasarısı Üzerine Düşünceler*, Prof.Dr. Hüseyin ÜLGEN'e Armağan, II. Cilt, İstanbul 2007, s.1679 vd.
- ATEŞ, Turan: *Medeni Kanun'da Vakıflar*, Legal Hukuk Dergisi, Sayı 35, Kasım 2005.
- AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen: *Kişiler Hukuku*, Konya 2007.
- BALLAR, Suat: *Yeni Vakıflar Hukuku, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı*, İstanbul 2000.
- BERKİ, Ali Himmet: *Vakıflar*, 2.Bası, İstanbul 1946 (Kıs. Vakıflar, 2. Bası).
- BERKİ, Ali Himmet: *Vakıflar*, 2.Kitap, Medeni Kanunda Tesis ve Vakıflar Kanunu Hükümleri, Ankara 1950 (Kıs. Vakıflar).
- BERKİ, Ali Himmet: *Vakfa Dair Yazılan Eserlerle Vakfiye ve Benzer Vesikalarda Geçen İstilah ve Tabirler*, Ankara 1966 (Kıs. İstilah)
- CENGİZ, Orhan Kemal: *Türkiye'nin Dini Azınlıkları*, (www.tesev.org.tr/etkinlik/okemal_cengiz_sunum.php, e.t.20.10.2007).
- CİN, Halil: *Miri Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü*, İstanbul 2005.

* Bir Yazarın birden fazla eserine atıf yapıldığı durumlarda, kısaltmalara parantez içinde yer verilmiştir.

- ÇİN, Turgay: Yunanistan'daki Müslüman Türk Azınlığın Din ve Vicdan Özgürlüğü, Ankara 2003.
- ÇEÇEN, Aml: "Türkiye Yeniden Bizans'a Dönüştürülüyor", 2006 (www.dipdalgasi.org/node/125, e.t.22.10.2007).
- ÇEVİK, Kemal: Fransız ve Türk Hukukunda Tek Ortaklı Şirket/Sınırlı Sorumlu Ticarî İşletme, Prof.Dr. Ali BOZER'e Armağan, Ankara 1998, s.37 vd.
- DALAMANLI, Lütfü: Eski Yeni Vakıf Davaları, Açıklamalı-İçtihatlı, Ankara 1986.
- DELP, Udo: Die Stiftung & Co. KG, Heidelberg 1991, s.4 vd.;
- DOĞAN, Murat: Vakıflarda Malvarlığı, Ankara 2000 (Kıs. Vakıflarda Malvarlığı).
- DOĞAN, Murat: "Medeni Kanunun 'Belli Bir Cemaat Mensuplarını Destekleme Amacıyla Vakıf Kurulamayacağı' Hükmü Üzerine Bir Değerlendirme", EÜHFD, Cilt I, Sayı 1, Kayseri 2006, s.155-171 (Kıs. Cemaat Vakıfları).
- DOĞAN, Murat/NARBAY, Şafak: İktisadî Amaçla Vakıf Kurulamaması Prensibi ve Vakfın İktisadî İşletme İşletmesi, AÜEHFD., Cilt IV, S: 1-2, Yıl: 2000, s.437 vd.,
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2006.
- EGGER, A.: İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Kişinin Hukuku, 2. Kısım, Tüzel Kişiler, Çeviren Volf ÇERNİS, Ankara 1948.
- EM, Ali: Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar, Ankara 2006.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama, İçtihatlar-İlgili Mevzuat, Madde 1-351, Ankara 2004.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na Göre Vakfın Kuruluşu, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı 121, 15 Şubat 2004.
- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni: Türk Medeni Hukuku, 1. Kitap, Şahsın Hukuku, Ankara 1954.
- GRÜNINGER, Harold: Herausgeber HONSELL/VOGT/GEİSER, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB, 2.Auflage, Basel-Genf-München 2002.

- GUTZWILLER, Max: Schweizerisches Privatrecht, 2. Band-Einleitung und Personenrecht, Basel und Stuttgart 1967.
- GÜNERİ, Hasan: Türk Medeni Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri, Ankara 1976, s.175 vd.
- HATEMİ, Hüseyin: Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul 1969 (Kıs. Vakıf Kurma)
- HATEMİ, Hüseyin: Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, I, Giriş-Tarihi Gelişim-Eski Vakıflar, İstanbul 1979 (Kıs. Tüzel Kişiler)
- HATEMİ, Hüseyin: Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul 2001 (Kıs. Kişiler),
- HATEMİ, Hüseyin: *Cemaat Vakıfları Konusunda Düşünceler*, Prof.Dr. Ergun ÖZSUNAY'a Armağan, İstanbul 2004, s.803-818 (Kıs. Cemaat Vakıfları).
- HELVACI, Serap/ERLÜLE, Fulya: Medeni Hukuk, İstanbul 2007.
- HOF, Hagen: Stiftungsrecht in Europa, Stiftungen im deutschen Recht, Köln-München 2001.
- HOPT, J.Klaus/REUTER, Dieter: Stiftungsrecht in Europa, Eine Einführung, Köln-München 2001.
- İMAMOĞLU, M. Altuğ: Azınlık Vakıfları ve Yabancıların Taşınmaz Edinimleri, Ankara 2006.
- İNAN, Ali Naim: Medeni Hukuk, Ankara 2005.
- İŞERİ, Ahmet: Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf (Tesis), Ankara 1968 (Kıs. Vakıf).
- İŞERİ, Ahmet: Medeni Kanun Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkındaki Tüzük Üzerine Bir İnceleme, Prof.Dr. H. C. OĞUZOĞLU'na Armağan, Ankara 1972 (Kıs. İnceleme).
- İŞERİ, Ahmet/AKÜNAL, Teoman/ TEZEL, Adnan/BAYRAKERİ, Feridun: Türkiye'de Medeni Kanuna Göre Kurulmuş Vakıflar ve Sorunları, Ankara 1975.
- KARİNÂBÂDÎZÂDE, Ö. Hilmi/ SUNGURBEY, İsmet: Eski Vakıfların Temel Kitabı, İstanbul 1978.
- KAZICI, Ziya: Osmanlı Vakıf Medeniyeti, İstanbul 2003.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Hukuk, Temel Bilgiler, Ankara 2004.

- KNELLWOLF, A. Peggy: ZGB für den Alltag, Kommentierte Ausgabe aus der Beobachter-Beratungspraxis, Zürich 2007.
- KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret: Modern Özel Hukuk Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993.
- KÖPRÜLÜ, Bülent: Evvelki Hukukumuzda Vakıf Neviyetleri ve İcareteynli Vakıflar, İstanbul 1952.
- MÜLLER, Norbert: Religiöse Stiftungen in Deutschland, Rechtsprobleme muslimischer Stiftungen in Deutschland, Köln-München 2006.
- OCAK, Nazmi: Vakıf Çeşitleri ve Ticari İşletme İşleten Vakıfların Tacir Sıfatı, Prof. Dr.Şakir Berki'ye Armağan, Konya 1996.
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY, Saibe: Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2002
- OĞUZOĞLU, H. Cahit: Medeni Hukuk, I, Şahsın Hukuku, Ankara 1956.
- ORAN, Baskın: Türkiye'de Azınlıklar: Kavramlar, Lozan, İç Mevzuat, İçtihat, Uygulama, TESEV Yayınları, İstanbul 2004 (Bu kitabın tam metni için bkz. www.tesev.org.tr/etkinlik/baskin_oran.pdf, e.t.18.11.2007).
- ORAN, Baskın: “*Lozan Mukaddes İnektir, Kimse Kesmeye Kalkamaz*”, (Nilüfer Çeliker'in Röportajı), www.gunisigihukuk.com/baskinoran.html, e.t. 18.11.2007).
- ORAN, Baskın: “*Gayrimüslim Vakıfları: Son Durum*”, (www.tesev.org.tr/etkinlik/b_oran_sunum.php, e.t. 18.11.2007).
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “Avrupa'da Vakıflar Hukuku Alanında Gelişmeler, Özellikle Avrupa Vakıflar Kanunu Tasarısı” Prof. Dr. Fikret EREN'e Armağan, Ankara 2006, s.773-784.
- ÖĞÜZ, Tufan: Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları, İstanbul 2007 (Kıs. Vakıf).
- ÖĞÜZ, Tufan: “*Vakıflar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi ve Eleştirisi*”, Legal Hukuk Dergisi, Sayı 54, Haziran 2007 (Kıs. Vakıflar Kanunu Tasarısı).
- ÖNDER, Hüseyin: Yabancılara Toprak Satışı, Ankara 2007.
- ÖZDAMAR, Demet/DEĞER, Senem/UÇKAN, Mertkan: “*5555 sayılı Yeni Vakıflar Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme*”, EÜHFD, C.II, S: 1-2 (2007), s.139 vd.

- ÖZİPEK, Bekir Berat: “Gayrimüslim Vakıflarının Sorunları”, 2001 (www.megarevma.net/vakif sorunu.htm, e.t.20.10.2007).
- ÖZTAN, Bilge: Tüzel Kişiler, Ankara 2001 (Kıs. Tüzel Kişiler).
- ÖZTAN, Bilge: Medenî Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2002 (Kıs. Medenî Hukuk).
- ÖZTÜRK, Nazif: Türk Yenileşme Tarihi Çerçevesinde Vakıf Müessesesi, Ankara 1995.
- ÖZSUNAY, Ergun: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler ve Vakıflar, İstanbul 1982.
- PEDRAZZINI, Mario M.: Grundriss des Personenrechts, Bern 1982.
- RIEMER, Hans Michael: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Systematischer Teil und Art.80-89bis ZGB, Band I-Einleitung und Personenrecht, 3.Abteilung-Die juristischen Personen, 3. Teilband-Die Stiftungen, Bern 1975 (Kıs. ZGB-Stiftungen)
- MER, Hans Michael: Stiftungsrecht in Europa, Stiftungen im schweizerischen Recht, Köln-München 2001 (Kıs. Stiftungsrecht in Europa)
- REYNA, Yuda/ ZONANA, Ester Morena: Son Yasal Düzenlemelere Göre Cemaat Vakıfları, İstanbul 2003.
- REYNA, Yuda/ZONANA, Ester Morena: Sunum (www.tesev.org.tr/etkinlik/cemaat_02_sunum.doc, e.t. 20.10.2007).
- SAYMEN, Ferit H.: Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Şahsın Hukuku, İstanbul 1960.
- SEIFART, Werner: Handbuch des Stiftungsrechts, München 1987.
- SUNGURBEY, İsmet: Eski Vakıfların Yeni Sorunları, İstanbul 2001.
- ŞİT, Banu: “Son Değişikliklere Göre Yabancıların Türkiye’de Bulunan Taşınmazlar Üzerinde Mülkiyet ve Sınırlı Ayni Hak Edinmeleri”, BATİDER, Aralık 2004, Sayı 4, C.XXII, s.203 vd.
- URAL, Engin: Vakıflar, Ankara 1977.
- UYAR, Talih/UYAR, Alper/UYAR, Cüneyt: Türk Medeni Kanunu, MK.1-517, Cilt 1, Ankara 2006.
- ÜÇOK, Coşkun/MUMCU, Ahmet /BOZKURT, Gülnihal: Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2006.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, Cilt I, Cüz 2, Şahsın Hukuku, İstanbul 1963.

YENER, M. Serhat: “*Türk Medeni Kanuna Göre Kurulan Vakıfların Senetleri*”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı 134, 15 Mayıs 2007.

ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M.Beşir/GÖKYAYLA, Emre: Medeni Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Ankara 2000.

ZEVKLİLER, Aydın/HAVUTCU, Ayşe: Medeni Hukuk, Temel Bilgiler, Ankara 2005.

DEF'İ VE İTİRAZ ARASINDAKİ FARKLAR VE İLERİ SÜRÜLMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI*

*Dr. Ferhat CANBOLAT***

I-GENEL OLARAK

Alacaklının ifa taleplerine engel olan ve borçluya da, bazı hususları ileri sürerek ifadan geçici veya sürekli olarak kaçınma yetkisi sağlayan savunma imkânları arasında def'i ve itiraz bulunmaktadır¹. Maddi hukuk bakımından savunma imkânlarını oluşturan def'i ve itiraz, farklı kavramlar olmasına karşın, birbirlerinin yerine kullanılabilir. Def'i ve itirazların düzenlendiği bazı maddelerde, teknik bakımdan itirazın da bulunduğu durumlarda sadece "def'i" kavramı kullanılmakta ve itirazdan bahsedilmemektedir². Bu durum doktrinde eleştirilmektedir³. Benzer durum uygulama açısından da

* Bu çalışma, "Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler" adlı doktora tez çalışmamın bir bölümünü oluşturmaktadır.

** Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Araştırma Görevlisi.

1 Medeni Usul Hukuku kitaplarında "davalının cevapları" başlığı altında def'i ve itirazlara da yer verilmekte ve bunlar "maddi hukuka ilişkin savunma vasıtaları" olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **Kuru Baki/ Arslan Ramazan/ Yılmaz Ejder**, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2006, s.371; **Pekcanitez Hakan/ Atalay Oğuz/ Özkes Muhammet**, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006, s.308.

2 Bazı kanun maddelerinde hem def'i hem de itirazın bulunduğu durumlarda sadece def'i den söz edilmesinin nedeni, bu tür kullanımlarda def'inin geniş anlamda, yani dar ve teknik anlamdaki def'ilerin yanı sıra itirazları da içini alır şekilde kullanılmasıdır.

3 Örneğin müteselsil borçlulukta, müteselsil borçluların sahip olduğu def'i ve itirazların düzenlendiği BK. m.143'de hem maddenin kenar başlığında hem de madde metninde "def'i" kavramı kullanılmasına rağmen, buradaki düzenlemenin hem teknik anlamdaki def'ileri hem de itirazları kapsadığı doktrinde kabul edilmektedir. Bkz. **Eren Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası İstanbul 2006, s.1158; **Oğuzman M. Kemal/ Öz M.Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası İstanbul 2006, s.849; **Tekinay Selahattin Sulhi / Akman Sermet / Burcuoğlu Haluk / Altop Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.297 vd. Aynı şekilde, alacağın temlik halinde borçlunun sahip olacağı def'i ve itiraz haklarını düzenleyen BK. m.167'de "def'i"

vardır. Bazen itiraz teşkil edecek bir durumun ortaya çıkmasına rağmen, def'iden söz edilebilmektedir⁴.

Şartları ve sonuçları bakımından farklılıklar bulunmasına karşın kanun metinlerinde ve uygulamada bu şekilde aralarında herhangi bir fark gözetilmeksizin kullanılan def'i ve itiraz kavramlarını, taşıdığı önemden dolayı aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelemeyi uygun buluyoruz. Bu amaçla, öncelikle def'i ve itiraz kavramlarını, aralarındaki farklılıkları, bunların ileri sürülmesini ve son olarak da def'i ve itirazların ileri sürülmesinin maddi hukuk ve usul hukuku bakımından doğurduğu sonuçları inceleyeceğiz.

II-DEF'İ VE İTİRAZ KAVRAMLARI

A-Def'i

Def'i, hak sahibine, bu hakkını kullanmak suretiyle, bir başkası tarafından ileri sürülen bir hakkı, belirli oranda etkisiz kılma, sonuçlarını tamamen veya kısmen sınırlama, engelleme veya ortadan kaldırma imkânı veren bir haktır⁵. Def'i hakkı, doktrinde düzenleme haklarından kabul edilmekte ve "karşı hak" olarak adlandırılmaktadır. Karşı haklar doktrinde, hak sahibine, bir başkası tarafından ileri sürülen bir hakkı, belirli oranda etkisiz kılma veya sonuçlarını tamamen ortadan kaldırma imkânı veren haklar şeklinde tanımlanmaktadır⁶.

kavramı kullanılmakla birlikte, bu madde de hem teknik anlamdaki def'ilerin hem de itirazların düzenlendiği doktrinde kabul edilmektedir. Bkz. **Eren**, s.1193.

- 4 Örneğin banka garantilerinde "...tüm def'ilerimizi ileri sürmekten vazgeçerek garanti veriyoruz..." veya "...her türlü def'iyi ileri sürmeksizin ve ilk talepte ödemeyi taahhüt ediyoruz..." şeklinde hem def'i hem de itirazı kapsar tarzda sadece def'i kavramının kullanıldığı görülmektedir. Bkz. **Kleiner** Beat, Bankgarantie, 4.Aufl., Zürich 1990, s.49; **Büsser** Andres, Einreden und Einwendungen der Bank als Garant gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten; Friburg-Schweiz 1997, s.5. Burada da def'i, geniş anlamda, yani dar ve teknik anlamdaki def'ilerin yanısıra itirazları da içini alır şekilde kullanılmaktadır.
- 5 **Reisoğlu** Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 1995, s.36; **Akıncı** Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya 2003, s.41.
- 6 Bkz. **Larenz** Karl, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. A., München 1989, s.248; **Medicus** Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 7. A., Heidelberg 1997, N.91; **Köhler** Helmut, BGB, Allgemeiner Teil, 18. A., München 1983, s.38; **Von Tuhr** Andreas / **Peter** Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3 A., Zürich 1979, s.28; **Schwenzer** Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998, s.26; **Tunçomağ** Kenan, Borçlar Hukuku I, Genel Hüküm-

Def'i hakkının, yenilik doğuran hakların bir çeşidi olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş⁷, def'ilerin, özellikle de sürekli def'ilerin, yenilik doğuran haklar gurubuna dâhil edilebileceğini savunmaktadır. Buna karşılık bizimde katıldığımız doktrindeki diğer bir görüş⁸, def'i hakkının ve bu arada da sürekli def'ilerin yenilik doğuran hak olarak nitelendirilemeyeceğini savunmaktadır. Zira def'iler ve özellikle de geçici def'iler, sahibine, ileri sürülen bir alacak hakkının varlığına dokunmayıp sadece onun dava yoluyla ileri sürülmesine karşı koyma imkanı sağlar. Buna karşılık bozucu yenilik doğuran haklar, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kesin olarak sona erdirirler⁹.

“Karşı hak” niteliğindeki def'i hakkının yöneldiği hakkın, alacak hakkı olduğu doktrinde kabul edilmektedir¹⁰. Bu nedenle def'i, borçlunun bazı hususları ileri sürerek edimini ifa etmekten kaçınması ve alacak hakkına karşı kullanılan bir savunma vasıtası olarak değerlendirilebilir.

Bir def'i hakkının bulunması için öncelikle def'i hakkı sahibine karşı kullanılacak başka bir hakkın mevcut olması gereklidir¹¹. Böyle bir hak mevcut olsun ve kullanılsın ki, def'i hakkı sahibi de hakkını kullanarak edi-

ler, 6. Bası, İstanbul 1976, s.52-53; **İnan** Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1984, s.41; **Buz** Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s.90; **Eren**, s.67; **Akıncı**, s.41. “Karşı hak” deyiminin sadece def'i hakkını değil, aynı zamanda yenilik doğuran hakları da içine alır şekilde kullanılmasına ilişkin bkz. **Larenz**, s.248; **Medicus**, N.91; **Buz**, s.90, dn.1.

⁷ Bkz. **Von Tuhr/ Peter**, s.27; **Gauch Peter/ Schlupe** Walter R./**Jäggi** Peter, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Hauptpflichtrecht, Bd. I und Bd.II, 6. Auflage, Zürich 1995, Bd. I, s.14; **Bucher** Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, s.37-38; **Serozan** Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s.52 vd.; **Buz**, s.95, dn.23'de anılan diğer yazarlar.

⁸ Bkz. **Von Tuhr/ Peter**, s.31-32; **Eren**, s.68; **Tunçomağ**, s.53; **İnan**, s.42; **Buz**, s.96.

⁹ Def'i hakkı ile yenilik doğuran haklar arasındaki farklılıklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz**, s.90 vd.

¹⁰ **Buz**, s.90. Aynı hak niteliği taşıyan ipotek ve rehin haklarına karşı ileri sürülebilecek def'i hakları da bulunmakla birlikte, ipotek ve rehin haklarının bir alacak hakkını teminat altına aldığı ve bu nedenle de burada da rehinle teminat altına alınmış bir alacak hakkına karşı ileri sürülen bir def'inin bulunduğu doktrinde kabul edilmektedir. Bkz. **Buz**, s.90, dn.2.

¹¹ **Gauch/ Schlupe/ Jäggi** I, s.14.

min yerine getirilmesi talebini ret etsin, edimi yerine getirmekten geçici veya sürekli olarak kaçınma imkânı elde etsin. Def'i hakkının kullanılması başkasına ait hakkı ortadan kaldırmaz, sadece başkasına ait hakkın kullanılmasının sonuç doğurmasına engel olur¹². İleri sürülen def'i, sürekli nitelikte bir def'i olsa bile, def'inin yöneldiği hak, ortadan kalkmaz, def'ie rağmen hak, varlığını sürdürmeye devam eder.

Def'i hakkını kullanan borçlu, alacaklının bir hakkının kesin olarak bulunup bulunmadığını tartışma konusu yapmamakta, sadece alacaklı tarafından ifası talep edilen bir hakkı, özel bir nedene dayanarak yerine getirmekten kaçınmaktadır. Edimin ifasından kaçınmayı sağlayan def'i hakkı, zamanaşımını def'inde olduğu gibi bir kanun maddesine veya "pactum de non petendo"(dava etmeme şartı) def'inde olduğu gibi sözleşmeye dayanabilir¹³.

Def'i kavramı geniş ve genel ile dar ve teknik anlamda olmak üzere doktrinde iki farklı anlamda kullanılmaktadır¹⁴. Geniş ve genel anlamda def'i, dar ve teknik anlamdaki def'ilerin yanısıra itirazları da kapsamaktadır. Buna göre geniş anlamda def'i, başkasına ait bir hakka karşı kullanılan ve bu hakkı engelleyen veya sınırlandıran bir karşı haktır. Geniş anlamda def'i, hukuki işlemlerde sık bir şekilde kullanıldığı gibi Borçlar Kanunu'nun birçok maddesinde de def'i kavramı bu anlamda kullanılmaktadır¹⁵. Dar ve teknik anlamda def'i ise, borçlunun özel bir nedene dayanarak, borçlanılan edimi yerine getirmekten kaçınması hakkıdır.

Def'i kavramı usul hukukunda, maddi hukukta sahip olduğundan daha geniş anlamda kullanılmaktadır. Usul hukukunda def'i kavramı, sadece maddi hukuktan kaynaklanan nedenlerle alacaklının ifa talebine engel olması anlamında değil, usul hukukuna dayanan savunma imkânlarını da içine almaktadır. Buna göre usul hukuku anlamında def'i kavramı, geniş anlamdaki def'ilerin, yani dar ve teknik anlamdaki def'i ile itirazların yanı sıra ilk itirazları da kapsamaktadır¹⁶.

¹² Von Tuhr/ Peter, s.31-32; Gauch/ Schlupe/ Jäggi I, s.14; Eren, s.68.

¹³ Büsser, s.7.

¹⁴ Von Tuhr/ Peter, s.27; Gauch/ Schlupe/ Jäggi I, s.14; Eren, s.68; Öztan Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2003, s.194; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s.372; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s.308.

¹⁵ Örneğin, BK. m.143, m.167, m.177/2, m.459, m.497.

¹⁶ Öztan, s.194; Eren, s.68; Buz, s.90. Usul hukukunda kullanılan itiraz kavramının, maddi hukuk anlamındaki itiraz ile karıştırılmaması gerektiği konusunda bkz. Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası Ankara 2007, s.15. Usul hukukunda

Def'iler, doktrinde çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Def'iler ilk olarak meydana getirdiği etkilerin süresine göre “sürekli (kesin) def'i” ve “geciktirici def'i” şeklinde ikiye ayrılır¹⁷. Sürekli def'i, ileri sürüldüğünde karşı hakkı tamamen engelleyen, felce uğratan ve def'i hakkı sahibine, edimi ifa etmekten sürekli olarak kaçınma yetkisi veren bir haktır¹⁸. Bu tür def'ilere, zamanaşımı def'i örnek olarak verilebilir. Zamanaşımı def'ini borçlu bir kere ileri sürdüğü takdirde karşı hak ileri sürülse de borçlu, sürekli olarak ifadan kaçınabilecektir. Ancak zamanaşımına uğramış bir hak, ortadan kalkmamıştır, varlığını sürdürmeye devam eder. Şayet borçlu borcunu yerine getirirse, geçerli bir ifa söz konusu olur. Zamanaşımı def'i, alacağın kendisini değil, sadece dava hakkına engel olmaktadır.

Geciktirici def'i ise hak sahibinin, hakkını kullanmasını bir süre için önlemektedir. Borçlu, borçlanmış olduğu edimini ifa etmekten geçici olarak kaçınabilmektedir¹⁹. Geciktirici def'ilere iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulama alanı bulan ödemezlik def'i (BK. m.81) örnek olarak verilebilir. Zira ödemezlik def'inde, ödeme talebinde bulunan alacaklıya karşı borçlu, bu def'iyi bir kere kullandıktan sonra, alacaklı kendi edimini ifa ederse, bu def'inin etkisi ortadan kalkacak ve borçlu da edimini ifa etmek zorunda kalacaktır²⁰.

Def'iler konusunda doktrinde yapılan diğer bir ayırım da “bağımsız ve bağımlı def'iler” şeklindedir²¹. Bağımsız def'iler, başka bir hakka dayanmayan ve ona bağlı olmayan def'ileri oluştururken; bağımlı def'iler, aynı veya nispi bir hakka bağlı bulunmaktadır. Adi kefalette, kefilin önce asıl borçluya başvurmasını isteme hakkı, bağımsız def'ilere örnek oluştururken, satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinden doğan haklar bağımlı def'ilere örnek olarak verilebilir.

kullanılan itiraz kavramının, maddi hukuk anlamındaki itirazdan farkının ortaya konulması amacıyla HUMK'daki itirazlara, “usuli itirazlar” denilmesinin uygun olacağına ilişkin görüş için bkz. **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.373.

17 **Gauch/ Schlupe/ Jäggi I**, s.14; **Von Tuhr/ Peter**, s.31; **Öztan**, s.194; **Eren**, s.69.

18 **Von Tuhr/ Peter**, s.30; **Gauch/ Schlupe/ Jäggi I**, s.14; **Eren**, s.69; **Öztan**, s.194; **Buz**, s.94.

19 **Medicus**, N.93; **Von Tuhr/ Peter**, s.30; **Eren**, s.69; **Tunçomağ**, s.57; **Buz**, s.92-93; **Öztan**, s.194.

20 Ödemezlik def'i konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Brox Hans / Walker Wolf-Dietrich**, Allgemeines Schuldrecht, 30. Auflage, München 2004, s.118 vd.

21 **Von Tuhr/ Peter**, s.30; **Tunçomağ**, s.56; **Eren**, s.69-70.

B-İtiraz

İtiraz, karşı tarafın, yani davacı veya alacaklının iddia ettiği hakkın hiç oluşmadığına veya sona erdiğine ilişkin bir olayın ileri sürülmesidir. Davalı veya borçlu ileri sürdüğü olay ile talep edilen hakkın veya alacağın mevcut olmadığını iddia etmektedir²².

Doktrinde itiraz, “hakkın doğumuna engel olan itiraz” (rechtshindernde Einwendungen) ve “hakkı sona erdiren itiraz” (rechtsvernichtende Einwendungen) şeklinde ikili bir ayırımla incelenmektedir²³. Hakkın doğumuna engel olan itirazda, davacı veya alacaklı tarafından iddia edilen hakkın hiç doğmadığı ileri sürülmektedir. Alacaklının alacağının dayandığı sözleşmenin geçerli olması için gerekli olan şekil şartına uyulmaması veya sözleşmenin taraflarından birinin fiil ehliyetine sahip olmaması bu tür itiraz durumlarına örnek olarak verilebilir.

Hakkı sona erdiren itirazda, davacı veya alacaklı tarafından iddia edilen hak, geçerli bir şekilde doğmuştur, fakat davalı veya borçlu tarafından ileri sürülen bir olay nedeniyle hak sona ermektedir²⁴. Bu tür itirazlara, iddia edilen alacağın ödendiği, yine alacağın ibra veya imkânsızlık sebebiyle sona ermiş olduğu örnek olarak verilebilir.

Hakkın doğmadığı veya hakkın sona erdiğine ilişkin itirazlar, hâkim tarafından re’sen göz önünde bulundurulur. İtirazı oluşturan olaylar, davalı tarafından ileri sürülmemiş olsa bile dava malzemesinden, davalının cevap layihısından, tarafların ileri sürdüğü olaylardan ve dosyadaki belgelerden anlaşılır, tespit edilirse hâkim tarafından dikkate alınır. İtirazlar, hâkim tarafından re’sen nazara alınmakla birlikte, bunların ispatı yine taraflara ait olacaktır²⁵.

III-DEF’İ ve İTİRAZ ARASINDAKİ FARKLAR

Def’i ve itiraz arasında farklılıklar bulunmaktadır. Def’i ve itiraz arasındaki ilk farklılık, hukuki niteliklerine ilişkindir. Zira def’i bir haktır, buna karşılık itiraz ise bir olaydır. Def’i, ileri sürülen bir hakka karşı, bu hakkı

22 Gauch/ Schlupe/ Jäggi I, s.14; Von Tuhr/ Peter, s.27; Medicus, N.94; Eren, s.71; Tunçomağ, s.55; İnan, s.42; Reisoğlu, s. 35; Öztan, s.193; Akıncı, s.42; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s.372; ; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s.308.

23 Von Tuhr/ Peter, s.27; Eren, s.71; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s.372; ; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s.308.

24 Von Tuhr/ Peter, s.27; Eren, s.71; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s.373.

25 Eren, s.72; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s.309.

engelleyen veya sınırlayan bir "karşı hak"ın kullanılması iken; itiraz, bir hakkın doğumunu, meydana gelmesini veya devamını inkâr eden bir olayın ileri sürülmesidir²⁶.

Def'inin bir hak olması nedeniyle borçlu, kendisine tanınan bir hak olan def'i hakkını kullanmaktan hem yargılama aşamasında hem de yargılama dışında tek taraflı irade beyanıyla her zaman vazgeçebilir. Buna karşılık itiraz bir olayı oluşturduğu ve olayların tek taraflı bir vazgeçme iradesi ile ortadan kalkması mümkün olmadığı için borçlunun bundan vazgeçemeyeceği kabul edilmektedir²⁷. Örneğin, borçlunun borcunu ifa etmesi bir olaydır ve itiraz oluşturur. Borçlu, borcunu ifa etmesine rağmen, bunu ifa olarak görmediğini açıklaması borcun ortadan kalkmasına ve dolayısıyla itirazın dikkate alınmasına engel olmayacaktır.

Def'inin bir hak olmasının diğer bir sonucu da def'inin, sadece hak sahibi tarafından ileri sürülebilmesidir. Buna karşılık itiraz bir olay olduğu için, menfaati bulunan herkes bu olayın varlığını ileri sürebilir²⁸.

Def'i ve itiraz arasındaki diğer bir farklılık da, ileri sürülmesinin gerekip gerekmediği ve buna bağlı olarak da def'i ve itirazın hâkim tarafından re'sen dikkate alınıp alınmayacağı konusuna ilişkindir. Def'i ancak davalının ileri sürmesi durumunda dikkate alınabilir. Dolayısıyla def'i, davalının, def'i olayının varlığı nedeniyle ifade bulunmayacağını bildirmesi halinde ancak hâkim tarafından dikkate alınabilir. Hâkim, def'iyi meydana getiren olayı dava dosyasının içeriğinden anlasa bile dikkate alamaz²⁹. Def'inin hâkim tarafından re'sen nazara alınamayacağı, zamanaşımı def'i bakımından kanunda açıkça dile getirilmiştir. BK. m.142 hükmüne göre; "Müruru zaman dermeyan edilmediği surette hâkim, müruru zamanı kendiliğinden nazara alamaz". Zamanaşımı bakımından kabul edilen bu durumun tüm def'iler bakımından bir ilke oluşturduğu söylenebilir³⁰.

İtiraz, davalı tarafından açıkça ileri sürülmüş olmasa da hâkim tarafından re'sen dikkate alınmaktadır. Hâkim, itirazı oluşturan olay ileri sürülme de dava malzemesinden, davalının cevap layihısından, tarafların ileri sürdükleri olaylardan, dosyadaki belgelerden bunu görür ve tespit ederse re'sen nazara

²⁶ Gauch/ Schlupe/ Jäggi I, s.14; Von Tuhr/ Peter, s.27; Eren, s.71; Akıncı, s.42.

²⁷ Von Tuhr/ Peter, s.29; Eren, s.71; Tunçomağ, s.56; İnan, s.42.

²⁸ Eren, s.72.

²⁹ Von Tuhr/ Peter, s.29; Eren, s.71-72; Buz, s.91; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s.372; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s.310.

³⁰ Büsser, s.14 ve s.14, dn.52'de anılan yazarlar.

alır³¹. Örneğin dava dosyasında bulunan belgelerden, sözleşmenin geçerlilik şekline aykırı bir şekilde yapıldığını veya borçlunun fiil ehliyetinin bulunmadığını anlayan hâkim, davalı tarafından bu husus ileri sürülmesine de bu olayı re'sen göz önünde bulundurmamak zorundadır.

Doktrinde bir görüş³², re'sen dikkate almak bakımından itirazlarda ikili bir ayırıma gidilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre, bazı itiraz oluşturan durumlar, kesin bir şekilde hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır. Bu tür itiraz oluşturan olaylara, ahlaka veya hukuka aykırı olması nedeniyle batıl olan sözleşmeler ile temyiz kudretinin bulunmaması nedeniyle geçersiz sözleşmeler veya hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal eden davranışlar girer. Buna karşılık hâkim, sözleşmenin sadece bir tarafı bakımından bağlamazlık oluşturan olayları bu kişinin iradesini dikkate almaksızın kendiliğinden nazara almamalıdır. Hâkim, iradesi sakatlanan ve iptal hakkını kullanan kişinin iradesine rağmen bu durumu re'sen dikkate almamalıdır. İptal hakkının kullanılması bakımından geçersizlik teorisi olarak da adlandırılan bu görüş karşısında iptal teorisi adı altında doktrinde farklı bir görüş ileri sürülmüştür³³. Her iki görüş arasındaki temel farklılık, geçersizlik teorisine göre sözleşmenin kurulduğu andan itibaren geçici olarak geçersiz, iptal teorisine göre geçici olarak geçerli olmasıdır. Kanaatimiz-

31 **Von Tuhr/ Peter**, s.29; **Eren**, s.72; **Öztan**, s.193; **Tunçomağ**, s.55; **İnan**, s.42; **Akıncı**, s.42; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.373; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.309. Yargıtay da itirazın her zaman ileri sürülebileceği ve hakim tarafından re'sen nazara alınacağı görüşündedir. Nitekim yeni tarihli bir kararında Yargıtay, bu yönde hüküm vermiştir; "...yüzeysel ve şekilci bir araştırma ve yaklaşımın büyük mağduriyetlere yol açacağı, kişilerin Devlete ve adalete olan güven ve saygısını sarsacağı ve yasa koyucunun amacının ilk bakışta, şeklen iyi niyetli gözükene değil, gerçekten iyiniyetli olan kişiyi korumak olduğu hususlarının daima göz önünde tutulması, bu yönde tüm delillerin toplanıp derinliğine irdelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim bu görüşten hareketle kötüniet iddiasının def'i değil itiraz olduğu, iddia ve müdafaanın genişletilmesi yasağına tabii olmaksızın her zaman ileri sürülebileceği ve mahkemece kendiliğinden (re'sen) nazara alınacağı ilkeleri 8.11.1991 tarih 1990/4 esas 1991/3 karar sayılı İnançları Birleştirme Kararında kabul edilmiş, bilimsel görüşlerde aynı doğrultuda gelişmiştir.". Yarg. 1. HD. 06.05.2004 T. ve E. 2004/5231, K.2004/5391 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr.

32 **Büsser**, s.15; **Gauch/ Schluop/ Jäggi I**, s.164.

33 Bu görüş uyarınca sözleşme başlangıçta geçerlidir, ancak iptal beyanıyla bunun geçmişte etkili olarak, yani baştan itibaren geçersiz kılınması mümkündür. Bkz. **Bucher**, s.210 vd.; **Eren**, s.370 vd.

ce geçersizlik teorisi olarak da adlandırılan ve iptal hakkının kullanılmasında olduğu gibi bazı itiraz oluşturan olayların hakim tarafından re'sen dikkate alınmayacağına ilişkin görüşe katılmak mümkün değildir. İptal hakkı, bozucu yenilik doğuran bir hak olup, bu hakkın kullanılması ile birlikte hukuki sonuçları kendiliğinden ortaya çıkar ve sözleşme artı baştan itibaren geçersiz hale gelir. Bu geçersizlik, sadece bir taraf için değil, her iki taraf için de söz konusudur. Her iki taraf için de geçersiz olan bir sözleşmenin itiraz olarak ileri sürülebilmesi ve hakim tarafından re'sen dikkate alınmaması kabul edilmez. Zira iptal hakkının kullanılmasından sonra, artık sadece hataya düştüğünü ileri sürerek iptal hakkını kullanan kişinin değil, aynı zamanda karşı tarafında korunması gerekir.

İtirazın ileri sürülmesi, bir hakkın doğmadığını veya doğmuş olan bir hakkın sona erdiğini ifade eder. Dolayısıyla itiraz, karşı tarafın hakkının sona erdiğini gösterir. Buna karşılık def'i, hakkı sona erdirmemekte, sadece hakkın kullanılmasını ve ileri sürülmesini geçici veya sürekli bir biçimde engellemektedir³⁴.

IV-DEF'İ ve İTİRAZIN İLERİ SÜRÜLMESİ

Davalı veya borçlu, def'i ve itirazları ileri sürerek, maddi hukukun kendisine tanıdığı savunma imkânlarını kullanmış olur. Borçlu, belirli bir hakkın veya olayların varlığını iddia ederek savunmada bulunurken, ya karşı bir hakkın varlığını ileri sürmekte ya da alacaklının alacağının mevcut olmadığını ileri sürmektedir. Birinci durumda def'iden, ikinci durumda itirazın varlığından söz edilir³⁵.

Def'i, "karşı hak" olarak nitelendirilen bir hakkın ileri sürülmesidir. Def'i savunmasında bulunan borçlu, tek taraflı ve varması gerekli hukuki işlem benzeri bir irade açıklaması ile def'i hakkını meydana getiren olayların varlığını iddia etmeli ve bu olayları da ispatlamalıdır. İtiraz ise bir olayın ileri sürülmesinden ibarettir. İtiraz savunmasında bulunan kişi, hakkın doğumuna engel olan veya doğmuş bir hakkı ortadan kaldıran bir olayın varlığını ileri sürerek alacaklı tarafından talep edilen hakkın mevcut olmadığını iddia etmiş olur³⁶.

Borçlu, esas olarak alacaklı tarafından alacağın talep edilmesinden sonra borçlanılan edimin ifasına kadar def'i ve itirazları her zaman ileri sürebilir. Borçlu, edimin ifası kendisinden talep edildiğinde def'i veya itiraz savunma-

³⁴ Eren, s.72; Von Tuhr/ Peter, s.27.

³⁵ Gauch/ Schlupe/ Jäggi I, s.14; Von Tuhr/ Peter, s.27-28.

³⁶ Von Tuhr/ Peter, s.27.

sında bulunarak, borcunu ifa etmekten kaçınacaktır. Zira def'i ve itiraz birer savunma aracı olup, alacaklının taleplerine karşı koymayı sağlar. Ancak buna rağmen, edimin ifası talep edilmeden önce de, borçlunun bu tür durumların varlığını ileri sürmesi de mümkündür.

Def'i ve itirazın ileri sürülmesi yargılama aşamasında (dava veya icra tabiki) olabileceği gibi yargılama dışında da olabilir³⁷. Yargılama aşamasında veya dışında savunma vasıtalarının kullanılmasına ilişkin süre bakımından farklılıklar ortaya çıkabilmektedir. Yargılama dışında def'i ve itirazların ileri sürülmesi, herhangi bir süreye bağlı olmaksızın her zaman mümkündür³⁸. Dolayısıyla bir edimin ifası yargılama dışında talep edildiği takdirde herhangi bir süre ile kısıtlı olunmaksızın her zaman def'i ve itirazları ileri sürmek suretiyle savunmada bulunulabilir³⁹.

Def'i ve itirazın yargılama aşamasında ileri sürülmesi, bazı özellikler gösterir. İtirazın yargılama aşamasında ileri sürülmesinde süre bakımından herhangi bir sorun olmaz. Zira itiraz, hakim tarafından re'sen dikkate alınacaktır. Buna karşılık def'i bakımından farklılık ortaya çıkar. Borçludan edimin yerine getirilmesi talebinde bulunan alacaklı, alacağının ifa edilmemesi üzerine yargı yoluna başvurur. Bu aşamada def'ilerin ileri sürülmesi belli sürelerle uyulmasına bağlıdır. Dolayısıyla davalı, cevap süresi içerisinde savunmasını dayandırdığı def'ileri ileri sürmelidir⁴⁰. Yazılı yargılama usu-

37 **Von Tuhr/ Peter**, s.29.

38 **Büsser**, s.12.

39 Def'i ve itirazları ileri sürmek suretiyle savunmada bulunma imkânı, herhangi bir süreye bağlı olmamakla birlikte, banka garantileri bakımından istisna teşkil edecek bir duruma işaret etmekte fayda vardır. Zira banka garantilerinde ödeme talebinin içerik ve şekil bakımından sözleşmede aranılan şartları taşımaması halinde, talebin bu bakımdan geçersiz olduğuna ilişkin bankanın savunmasının, derhal garanti alana bildirilmesi gerektiği doktrinde kabul edilmektedir (Bkz. **Berger** Klaus Peter, Internationale Bankgarantien, Die neuen Einheitlichen Richtlinien für auf Anfordern zahlbare Garantien der internationalen Handelskammer, DZWIR 1993, s.10; **Dohm** Jürgen, Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985, s.106; **Kleiner**, s.191; **Büsser**, s.277-278; **Von Westphalen** Graf, Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr, 3.Auflage, Heidelberg 2005, s.210). Bu bildirim sayesinde süreli garantiler bakımından garanti alan, ödeme talebine ilişkin şartları yerine getirmek suretiyle, kararlaştırılan sürenin dolmasından önce tekrar ödeme talebinde bulunabilecektir.

40 HUMK. m.201'de davalının, dava dilekçesinde bildirilmemiş olan karşı olaylara dayanarak davanın reddini isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Böylece karşı olaylara dayanan davacı, karşı olaylara dayanarak davacının iddia ettiği hakkın mevcut

lünde cevap süresi kural olarak on gündür (HUMK. m.195/1). İşin mahiyeti gerektirdiği takdirde kanunda belirlenen bu sürenin hâkim tarafından uzatılması da mümkündür (HUMK. m.197). Davalı, dava dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren on günlük cevap süresi içinde veya bu sürenin hâkim tarafından uzatılması halinde hâkimin belirleyeceği bu süre içinde def'ileri ileri sürmelidir. Aksi takdirde davalı, sürenin geçmesi ile veya savunmasını eksik yapması halinde cevap layihasının davacıya tebliğinden itibaren bu tür durumları ileri sürmek istediğinde savunmayı genişletme yasağı (HUMK. m.202) ile karşılaşabilecektir⁴¹.

İleri sürülmesi bakımından def'iler konusunda doktrindeki bir tartışmaya da değinmekte fayda vardır. Def'i hakkına sahip olan kişi, alacaklının ifa talebine karşılık bu hakkını kullanarak bir kere savunma yaptıktan sonra, ihtilafın yargı yoluna intikal etmesinden sonra, mahkeme aşamasında da bu aynı savunmayı yapmak zorunda olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş⁴², def'inin bir maddi hukuk müessesesi olduğu ve mutlaka mahkeme önünde kullanılmasının şart olmadığı, hakkın kullanıldığına ilişkin beyanın bir de mahkemede tekrarlamasının beklenmemesi gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre, def'i hakkı sahibi, bu hakkını bir kere kullandıktan sonra açılan bir davada tekrar bu hakkı ileri sürmese bile hâkim, dava dosyasından bu hakkın kullanıldığını anladığı takdirde davayı ret etmelidir. Diğer bir görüş⁴³ ise, def'i hakkı sahibi, bu hakkını yargı yolu aşamasından önce kullanmış olsa bile, hâkim tarafından göz önünde tutulabilmesi için mahkemede yeniden kullanılması gerektiğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre, def'i hakkının kesin sonuç doğurabilmesi için yargılama aşamasında tekrarlanması gerekecektir. Kanaatimizce ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Zira davalı tarafından dava dilekçesinde ileri sürülen olaylar, kendi lehine ve davanın kabulüne yönelik iddialardır. Davalı durumundaki borçlunun, def'i hakkını kullandığına ilişkin bilginin dava dilekçesinde bulunması mümkün olmadığı için, hâkimin def'i hakkının kullanıldığı konusunda bilgi sahibi olması ve hükme esas alması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle

olmadığını veya dava konusu yapılamayacağını ileri sürmektedir. İşte davalının ileri sürdüğü bu karşı olaylara savunma vasıtaları denilmekte ve def'i ile itiraz, maddi hukuka dayanan savunma vasıtalarını oluşturmaktadır. Bkz. **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.371.

41 **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.381 vd.

42 Bkz. **Serozan**, s.55–56. Diğer yazarlar için bkz. **Buz**, s.105, dn.41'de anılan yazarlar.

43 Bkz. **Larenz**, s.251; **Medicus**, N.98; **Buz**, s.105–106 ve s.105, dn.42'de anılan yazarlar.

yargılama dışında kullanılan def'i hakkının yargılama aşamasında da tekrarlanması pratik bakımdan bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁴.

V- DEF'İ VE İTİRAZIN İLERİ SÜRÜLMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

Def'i ve itirazların ileri sürülmesinin hem maddi hukuka hem de usul hukukuna ilişkin çeşitli hukuki sonuçları bulunmaktadır.

A-Maddi Hukuka İlişkin Sonuçlar

Def'i bir haktır ve bu hakkın borçlu tarafından ileri sürülmesi, alacaklı tarafından talep edilen edimin ifasından özel bir nedene dayanarak kaçınma imkânı sağlamaktadır. Borçlu burada, alacaklının talep ettiği edimin mevcut olmadığı savunmasında bulunmamaktadır. Borçlunun savunması, edimin ifasının talep edilemeyeceğine ilişkindir⁴⁵.

Def'i nedenini oluşturan olay alacaklı tarafından bertaraf edildiği takdirde, def'inin ileri sürülmüş olması, def'i ile yüklü alacağın muaccel olmasına ve böylece de zamanaşımı süresinin işlemeye başlamasına engel olmayacaktır⁴⁶. Bu duruma ödemezlik def'i örnek olarak verilebilir. Alacaklının edimin ifasını talep etmesi karşısında borçlunun, BK. m.81'e dayanarak ifadan kaçınması halinde alacaklı, kendi edimini ifa ettiği takdirde borçlunun borcu muaccel olacak ve zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır. Buna karşılık def'inin ileri sürülmesi, borçlunun temerrüde düşmesine engel olacaktır. Zira borçlu, kanundan doğan bir hakkını kullanarak savunmada bulunduğu için borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerini ihlal etmiş olmaz ve bu nedenle de temerrüde düşmez. Sürekli bir def'inin ileri sürülmesi borçlunun temerrüde düşmesine her zaman için engel olurken geciktirici def'iler geçici bir süre için temerrüde düşmeye engel olur. Geciktirici def'inin oluşmasına neden olan durum ortadan kalktığında alacaklı, alacağını tekrar talep edebilir ve borçlu da bu andan itibaren temerrüde düşebilir. Buradaki temerrüt geriye doğru etkili değildir. Çünkü borçlu def'inin varlığını gerektiren durumun ortadan kalkmasından önce edimi ifadan kaçınma hakkına sahiptir⁴⁷.

İtiraz, bir olayın ileri sürülmesidir. Burada alacaklının ifasını talep ettiği hak, borçlu tarafından ileri sürülen olaylar nedeniyle ya hiç oluşmamakta ya da oluşan bir hak sonradan meydana gelen olaylar nedeniyle ortadan kalk-

44 Bkz. **Buz**, s.106.

45 **Eren**, s.72.

46 **Büsser**, s.21.

47 **Büsser**, s.22.

maktadır. Dolayısıyla alacaklının bu hakkı, maddi hukuk açısından artık mevcut bulunmamaktadır⁴⁸.

B-Usul Hukukuna İlişkin Sonuçlar

Def'inin ileri sürülmesinin usul hukukuna ilişkin sonuçları def'inin sürekli veya geciktirici nitelikte olup olmamasına göre farklılık gösterir. Borçlu geciktirici bir def'i ile edimi yerine getirmekten ancak geçici olarak kaçınabilir. Dolayısıyla geciktirici def'inin davadaki davalı borçlu tarafından ileri sürülmesi, davanın kabulü açısından geçici bir engel oluşturacaktır. Bu nedenle davanın, bu süre için geçici bir şekilde reddine neden olacaktır. Bu engelin ortadan kalkmasından sonra dava, yeniden açılacaktır⁴⁹. Buna karşılık sürekli def'inin ileri sürülmesi ise alacaklının talep ettiği edimin ifasından sürekli olarak kaçınmayı sağlar. Bu nedenle sürekli bir def'inin davalı borçlu tarafından yargılama aşamasında ileri sürülmesi adeta borç yükümlülüğü yokmuş gibi davanın kesin olarak reddine neden olur⁵⁰.

Borçlu itirazları ile sürerek kendisine yönelmiş bir alacağın varlığını ret eder. Bu yüzden bir itirazın davalı borçlu tarafından yargılama aşamasında ileri sürülmesi alacaklı tarafından açılan ifa talebine ilişkin davanın kesin olarak reddi sonucunu doğurur⁵¹.

VI-SONUÇ

Maddi hukuk bakımından savunma imkânlarını oluşturan def'i ve itiraz kavramları, kanun maddelerinde, yargı kararlarında ve doktrinde hatalı bir şekilde ve birbirlerinin yerine kullanılmaktadır. Şartları ve sonuçları bakımından farklılıklar bulunan def'i ve itiraz kavramlarının doğru şekilde ve gerçek anlamıyla kullanılması gerekir.

Def'i, bir haktır. Bu hak ile hak sahibine, hakkını kullanmak suretiyle, bir başkası tarafından ileri sürülen bir hakkı, belirli oranda etkisiz kılma, sonuçlarını tamamen veya kısmen sınırlama, engelleme veya ortadan kaldırma imkânı verilmektedir. Def'i hakkı, düzenleme haklarındandır ve "karşı hak" olarak adlandırılır. Ancak def'iler, sahibine, sadece ileri sürülen bir alacak hakkının dava yoluyla ileri sürülmesine karşı koyma imkanı sağladığından ve bu nedenle de bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kesin olarak sona erdirmedeğinden yenilik doğuran hak olarak nitelendirilemez.

48 **Von Tuhr/ Peter**, s.27 vd.

49 **Von Tuhr/ Peter**, s.31.

50 **Von Tuhr/ Peter**, s.31.

51 **Büsser**, s.23.

İtiraz, bir olayın ileri sürülmesidir. Burada olayı ileri süren kişi, karşı tarafın, yani davacı veya alacaklının iddia ettiği hakkın hiç oluşmadığını veya sona erdiğini iddia etmektedir. Böylece davalı veya borçlu ileri sürdüğü olay ile talep edilen hakkın veya alacağın mevcut olmadığını iddia etmektedir.

Definin bir hak olması hasebiyle, sadece hak sahibi tarafından ileri sürülebilir ve borçlu, kendisine tanınan def'i hakkını kullanmaktan hem yargılama aşamasında hem de yargılama dışında tek taraflı irade beyanıyla her zaman vazgeçebilir. Buna karşılık itiraz bir olayı oluşturduğu için menfaati bulunan herkes bu olayın varlığını ileri sürebilir ve olayların tek taraflı bir vazgeçme iradesi ile ortadan kalkması mümkün olmadığı için borçlunun bundan vazgeçmesi mümkün değildir. Ayrıca def'i, ancak davalının ileri sürmesi durumunda dikkate alınabilir; hâkim, def'iyi meydana getiren olayı dava dosyasının içeriğinden anlasa bile dikkate alamaz. Buna karşılık itiraz, herhangi bir ayırımı gidilmeksizin, davalı tarafından açıkça ileri sürülmüş olmasa da hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır.

Def'i ve itirazın ileri sürülmesi, yargılama aşamasında veya yargılama dışında olabilir. Yargılama dışında def'i ve itirazların ileri sürülmesi, herhangi bir süreye bağlı olmaksızın her zaman mümkündür. Yargılama aşamasında ise, itirazın ileri sürülmesinde süre bakımından herhangi bir farklılık olmaz. Ancak def'i bakımından farklılık ortaya çıkar. Davalı, davaya cevap süresi içinde def'ileri ileri sürmelidir. Aksi takdirde savunmayı genişletme yasağı ile karşılaşır. Ayrıca def'i hakkı sahibi, bu hakkını yargı yolu aşamasından önce kullanmış olsa bile, bu savunma vasıtasının hâkim tarafından göz önünde tutulabilmesi için mahkemede yeniden kullanılması gerekir.

Def'i ve itirazların ileri sürülmesi, hem maddi hukuk hem de usul hukuku bakımından sonuçlar doğurur. Maddi hukuk bakımından sonuçlarına ilişkin olarak borçlu, def'i ile alacaklının talep ettiği edimin mevcut olmadığı savunmasında bulunmamakta, sadece edimin ifasının talep edilemeyeceğini ileri sürmektedir. İtiraz durumunda ise, alacaklının ileri sürdüğü hak, maddi hukuk açısından artık mevcut bulunmamaktadır. Zira borçlu tarafından ileri sürülen olaylar nedeniyle bu hak, ya hiç oluşmamakta ya da sonradan meydana gelen olaylar nedeniyle ortadan kalkmaktadır. Usul hukuku bakımından sonuçlarına ilişkin olarak def'i de borçlu, geciktirici bir def'i ile, edimi yerine getirmekten ancak geçici olarak kaçınabilirken, sürekli def'i ile, alacaklının talep ettiği edimin ifasından sürekli olarak kaçınma imkanı elde eder. İtiraz da ise borçlu, kendisine yönelmiş bir alacağın varlığını ret eder ve böylece itiraz, davanın kesin olarak reddi sonucunu doğurur.

BİBLİYOGRAFYA

- AKINCI Şahin:**Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya 2003.
- BERGER** Klaus Peter:Internationale Bankgarantien, Die neuen Einheitlichen Richtlinien für auf Anfordern zahlbare Garantien der internationalen Handelskammer, DZWIR 1993, s.1-12.
- BROX** Hans / **WALKER** Wolf-Dietrich:Allgemeines Schuldrecht, 30. Auflage, München 2004.
- BUCHER** Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil. 3. Aufl., Zürich 1988
- BUZ** Vedat:Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- BÜSSER** Andres:Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten; Frieberg-Schweiz 1997.
- DOHM** Jürgen:Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985.
- EREN** Fikret:Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası İstanbul 2006.
- GAUCH** Peter/ **SCHLUEP** Walter R./**JÄGGI** Peter:Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Hauptpflichtrecht, Bd. I und Bd.II, 6. Auflage, Zürich 1995.
- İNAN** Ali Naim:Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1984, s.41
- KILIÇOĞLU** Ahmet:Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası Ankara 2007.
- KLEINER** Beat:Bankgarantie, 4.Aufl., Zürich 1990.
- KOHLER** Helmut:BGB, Allgemeiner Teil, 18. A., München 1983.
- KURU** Baki/ **ARSLAN** Ramazan/ **YILMAZ** Ejder:Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2006.
- LARENZ** Karl:Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. A., München 1989.
- MEDICUS** Dieter:Allgemeiner Teil des BGB, 7. A., Heidelberg 1997.
- OĞUZMAN** M. Kemal/ **ÖZ** M.Turgut:Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası İstanbul 2006.
- ÖZTAN** Bilge:Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2003.

PEKCANİTEZ Hakan/ **ATALAY** Oğuz/ **ÖZEKES** Muhammet:Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006.

REİSOĞLU Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 1995.

SCHWENZER Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998.

SEROZAN Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975.

TEKİNAY Selahattin Sulhi /**AKMAN** Sermet /**BURCUOĞLU** Haluk /**ALTOP** Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

TUNÇOMAĞ Kenan: Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976.

Von TUHR Andreas / **PETER** Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3 A., Zürich 1979.

Von WESTPHALEN Graf: Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr, 3. Auflage, Heidelberg 2005.

AİLE KONUTUNUN HACZİ VE KİRALANAN AİLE KONUTUNUN İLÂMSIZ İCRA YOLUYLA TAHLİYESİ

*Dr. Gökçen TOPUZ**

I. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nun "Eşlerin Hukuki İşlemleri" başlığı altında, 193 ve 194. maddelerinde eşlerin birbirleriyle ve üçüncü kişilerle yapacakları hukuki işlemler ve aile konutu üzerindeki hukuki işlemleri hükme bağlanmıştır.

Türk Medeni Kanunu'nun 193. maddesine göre, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi yapabilir. 194. maddeye göre ise, eşlerden biri, diğeri eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz (f.I). Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir (f. II). Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir (f. III). Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur (f.IV).

Görüldüğü üzere Türk Medeni Kanunu'nun 193. maddesinde eşlerin birbirleriyle ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlem yapma serbestliği açıkça hükme bağlanmış, ancak 194. maddeyle buna bir istisna getirilmiştir¹. Söz konusu istisnanın icra hukuku bakımından özel bir sonuç doğurup doğurmayacağı, özellikle 194. maddenin aile konutunun haczine engel olup olmayacağı ve kira ile sağlanan aile konutunun kira bedelinin ödenmemesi veya kira süresinin bitmesi nedeniyle tahliyesinin İcra ve İflâs Kanunu'nun

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Araştırma Görevlisi.

¹ Eşlerin tasarruf serbestliğine getirilen diğeri istisnalar için bkz. Turgut **Akıntürk**, Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Hukuka Uyarlanmış Aile Hukuku, İstanbul 2002, s. 112 vd.

269 vd. maddelerine göre mümkün olup olmayacağı çalışmamız kapsamında incelenecektir.

II. Aile Konutu ve Aile Konutunun Korunması

A. Aile Konutu Kavramı

Türk Medeni Kanunu'nun 194, 240, 254, 279 ve 652. maddelerinde "aile konutu"ndan bahsedilmektedir. Ancak söz konusu maddelerde aile konutunun neyi ifade ettiği açıklanmamaktadır. Bununla birlikte 194. maddenin "gerekçesinde" aile konutunun, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günlerin içinde yaşandığı, anılarla dolu bir alan olduğu belirtilmiştir. Doktrinde de aile konutunun değişik tanımları yapılmıştır. Genel kabul gören tanıma göre, aile konutu, eşlerin ortak yaşamlarının merkezini oluşturan konuttur². Aile konutu, istisnai sebepler dışında tek bir konutu ifade eder³. Aile konutunun söz konusu olması için eşlerin çocuk sahibi olmaları veya çocuklarla birlikte oturmaları şart değildir⁴. Bu konut kiralanarak sağlanmış olabileceği gibi, eşlerin ortak mülkiyetinde veya sadece eşlerden birinin mülkiyetinde de olabilir.

- 2 Heinz **Hausheer**/ Ruth **Reuser**/ Thomas **Geiser**, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilgesetzbuch Das Familienrecht, Band II, Bern 1999, s. 377; Verene **Bräm**/ Franz **Hasenböhler**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Teilband II 1c Die Wirkung der Ehe im allgemeinen Art. 159-180, Zürich 1998, s. 400; Cyril **Hegnauer**/ Peter **Breitschmid**, Grundriss des Eherechts, Bern 2000, s. 183; Heinrich **Honsell**/ Nedim Peter **Vogt**/ Wolfgang **Wiegand**, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Oligationenrecht I Art. 1-529 OR, Basel 2003, s. 1413; Bilge **Öztaş**, Aile Hukuku, Ankara 2004, s. 199; Şükran **Şıpka**, Aile Konutu ve Diğer Eşin Rızasına Bağlı İşlemler, Prof. Dr. Necla Arat'a Armağan, İstanbul 2004, s. 372; Mustafa **Dural**/ Tufan **Öğüz**/ Alper **Gümüş**, Türk Özel Hukuku, Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2005, s. 204; Ayhan **Uçar**, 4721 Sayılı Medeni Kanunu ile İhdas Edilen Yeni Bir Müessesesi: Aile Konutu Müessesesi, AÜHFD, C. X, S. 1-2 (2006), s. 397.
- 3 Örneğin mesleki veya sağlık sorunlarından dolayı eşlerden biri çocuklarıyla diğer aile bireylerinden farklı bir şehirde konut edinebilir. Bu durumda her iki konutunda aile konutu olabileceği hakkında görüş için bkz. **Bräm/ Hasenböhler**, s. 403; **Hausheer/ Reuser/Geiser**, s. 377; **Öztaş**, s. 200.
- 4 Peter **Tour**/ Bernhard **Schnyder**/ Jörg **Schmid**/ Alexandra **Rumo- Jungo** Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich-Basel- Genf 2002, s. 285; **Hausheer/ Reuser/Geiser**, s. 377; **Bräm/ Hasenböhler**, s. 398; **Honsell/ Vogt/ Wiegand**, s. 1413; **Dural/ Öğüz/ Gümüş**, s. 204.

B. Aile Konutunun Korunması

Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesiyle aile konutu korunmaktadır. Bu hükme göre eşlerden biri, diğer eşin açık rızası olmadan bazı hukuki işlemleri yapamayacaktır. Diğer eşin açık rızası olmadan yapılamayacak olan hukuki işlemler, kira sözleşmesini feshetme, aile konutunu devretme ve konut üzerindeki hakları sınırlamadır (TMK.m.194/I).

Bir eşin diğer eşin açık rızası olmaksızın kira sözleşmesini feshetmemesi ifadesi, kira sözleşmesinin feshi sonucunu doğuracak yazılı tahliye taahhüdü verme⁵, açılan tahliye davasını kabul etme veya kiralayanla ikale sözleşmesi yapmayı da kapsayacak şekilde geniş olarak anlaşılmalıdır⁶. Eşlerden birinin diğer eşin açık rızası bulunmaksızın aile konutunu devretmesi ise, aile konutu üzerindeki mülkiyet hakkının üçüncü kişiye geçmesini sağlayan hukuki işlemler olarak yorumlanmalıdır⁷. Buna göre aile konutunun satılması, bağışlanması, trampa edilmesi veya bir şirkete sermaye olarak konulması, aile konutunun devri anlamına gelmektedir⁸. Bir eşin diğer eşin açık rızası olmaksızın aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıramaz ifadesiyle de, aile konutunun kullanılmasını engelleyen veya epeyce güçleştiren hukuki işlemler kastedilmekte olup, evin alt kiraya verilmesi, sükna hakkından veya intifa hakkından feragat edilmesi, üçüncü kişi lehine üst hakkı tesis etme gibi hukuki işlemler bu kapsamda değerlendirilmelidir⁹.

III. Aile Konutunun Haczi

Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesine göre aile konutunun korunuyor olması, aile konutuna cebri icra yapılmasına (aile konutunun hacedilmesine ve borçlu iflâs etmiş ise, aile konutunun iflâs masasına girmesine) ve aile konutunun cebri olarak paraya çevrilmesine engel oluşturmamaktadır¹⁰. Zira söz konusu hükümde, eşin iradesiyle yapılacak

⁵ Ahmet **Kılıçoğlu**, Medeni Kanun'unuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003, s. 44.

⁶ **Dural/ Öğüz/ Gümüş**, s. 209; **Şıpka**, s. 380; Mahmut **Kamacı**, Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza) (TMK.nun 194. Maddesi), Yargıtay Dergisi, S. 2004/1-2, s. 130; **Uçar**, s. 427.

⁷ **Bräm/ Hasenböhler**, s. 420.

⁸ **Bräm/ Hasenböhler**, s. 420; **Hegnauer/ Breitschmid**, s. 187; **Öztaş**, s. 203.

⁹ Bkz. **Bräm/ Hasenböhler**, s. 421.

¹⁰ **Hausheer/ Reuser/Geiser**, s. 388; **Hegnauer/ Breitschmid**, s. 187; **Oğuz Atalay**, Türk Medeni Kanunu'nda Aile Hukuku Mal Rejimlerine İlişkin Hükümlerin Takip Hukuku

olan hukuki işlemlerden bahsedilmektedir. Oysa cebri icra işlemleri, borçlu eşin iradesiyle yaptığı hukuki işlem niteliğinde olmayıp, devletin bir hâkimiyet tasarrufu niteliğindedir¹¹. Bu nedenle de Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi aile konutunun haczedilmesine engel oluşturmamaktadır. Nitekim Yargıtay da 194. maddenin, tapu sicilinde malik olarak görünen eşin borcundan dolayı aile konutunun haczedilmesine ve cebri olarak satılmasına engel olmayacağını kabul etmektedir¹².

Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesiyle getirilen korumanın kapsamına aile konutuna yapılacak cebri icranın girmemesi doktrinde Şıpka tarafından eleştirilmektedir¹³. Yazara göre, aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı olan eşin borcundan dolayı aile konutunun haczine engel olacak genel bir düzenleme olmadığı için, malik eş, kötü niyetle ve muvazaalı olarak aile konutunun haczedilmesini ve satılmasını sağlayabilir. Bu yolla 194. maddenin aradığı diğer eşin rızasının gerekliliği, bertaraf edilebilir ve bu durumda “kanunu dolanma” söz konusu olur. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinde ve İcra ve İflâs Kanunu'nda ödeme emrinin diğer eşe de tebliğ edilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Buna karşın İsviçre İcra- İflâs Kanunu'nda (SchKG Art. 151-153) borçlunun haczedilen taşınmazı aile konutu ise, ödeme emrinin bir nüshası borçlunun eşine de tebliğ edilmekte ve icra yoluyla satışta, satış

Bakımından Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra- İflâs Hukukçuları Toplantısı-I, Eskişehir 2003, s. 54; Şıpka, s. 382; Murat Dönmez, Aile Konutunun Haczi, TBB Dergisi, S.77, 2008, s. 351; Kamacı, s. 128.

¹¹ Nitekim Üstündağ, cebri icranın türlerinden olan haczi, “cebri icra organı tarafından yapılan devlete ilişkin bir hâkimiyet tasarrufu” olarak nitelendirmektedir. Bkz. Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2000, s. 175.

¹² “TMK'nın 194. maddesi aynen ‘Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini fesh edemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz’ hükmünü içermektedir. Yasal bu düzenleme, aile konutunun tapu sicilinde maliki olan borçlunun borcundan dolayı alacaklıların yapacakları bir icra takibi sonucu satışına engel teşkil etmemektedir.” 12 HD 04.05.2006, 5829/8852, (Nazif Kaçak, Açıklama ve İçtihatlarla Haczedilmezlik, Ankara 2006, s. 69); “Alacaklının B.A. hakkında başlattığı takibin kesinleşmesi üzerine borçlu taşınmazına haciz konulmuştur. Anılan taşınmazın tapu sicilinde aile konutu şerhinin bulunması haczedilmesine engel teşkil etmez” 12.HD. 18.04.2006, 5585/8228, (Kaçak, s. 92; Dönmez, s. 351, dn.12).

¹³ Şıpka, s. 382 vd.; Şükran Şıpka, Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul 2004, s. 121 vd.

şartnamesinde taşınmazın aile konutu olduğu da gösterilmektedir. Oysa bizim kanunlarımızda bu yönde düzenlemeler mevcut değildir. Diğer eşin icra takibinden ve hacizden haberdar olması ve borçlunun sahip olduğu ya da kendisinin itiraz hakkını kullanabilmesi için bizde de İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılacak bir değişiklikle, diğer eşe de ödeme emrinin tebliği zorunluluğu getirilmesi, 194. maddenin koruma amacına hizmet eder. Bununla birlikte aile konutunu hacizden kurtarmak için İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinin 12. bendinden yararlanmak mümkün olabilir. Bu hüküm gereğince diğer eş, haczedilen aile konutunun İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinin 12. bendine göre haczedilemez olduğunu şikâyet yoluyla ileri sürebilir¹⁴.

Kanaatimizce de Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi aile konutunun haczine ve cebri satışına engel olmamaktadır. Bu nedenle de malik olan eşin kötü niyetli veya muvazaalı olarak aile konutunun haczini ve satışını sağlama ihtimali söz konusu olmaktadır. Ancak malik olmayan diğer eşin, aile konutunu hacizden kurtarabilmesi için ödeme emrinin ona da tebliğ edilmesi gerektiği görüşüne katılmak da mümkün değildir. Zira ödeme emri, sadece cebri icranın taraflarından olan borçlu veya müşterek borçlulara, şayet borçlu vesayet altında ise, borçlunun vasisine gönderilir¹⁵. Ödeme emrine itiraz etme hakkı da yine kendisine karşı takip yapılan borçlu veya vekiline aittir (İİK m. 62). Diğer yandan eşlerden birinin borcundan dolayı ona **ödeme emri gönderilmesinin kanuni sonucu aile konutunun haczedilip paraya çevrilmesi de değildir**. Ödeme emrinin borçlu olmayan eşe de tebliğ edilmesi gerektiği görüşüne, ancak aile konutu üzerine konulan ipotegün paraya çevrilmesi yoluyla takip ve aşağıda inceleyeceğimiz aile konutunun İcra ve İflâs Kanunu'nun 269 vd. maddelerine göre ilâmsız tahliyesi olasılığında haklılık verilebilir. Çünkü İcra ve İflâs Kanunu'nun 45. maddesine göre, maddede sayılan istisna durumlar haricinde, alacağı rehinle temin edilmiş olan bir alacaklı, öncelikli olarak rehnin paraya çevrilmesi yoluna başvurmak zorundadır. Rehnin paraya çevrilmesi yolunda ise, icra dairesi rehnedilen malı satar ve satış bedeliyle alacaklının alacağı ödenir. Ancak satılan rehinli malın bedeli, rehinli alacağı karşılamaya yetmez ise, bu durumda rehin alacaklısı haciz veya borçlu iflâsa tabi ise iflâs yoluna başvurabilir. Aile konutuna ipotek konulması halinde de ipotek alacaklısı, İcra ve İflâs Kanunu'nun 45. maddesinde sayılan istisnai durumlar haricinde,

¹⁴ Şıpka, s. 382-383; Şıpka, (Kitap), s. 122.

¹⁵ Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s. 190; Baki Kuru/ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Hukuku (Ders Kitabı), Ankara 2007, s. 138.

öncelikle ipoteğin paraya çevrilmesi yoluna başvuracak ve aile konutunun satılmasını sağlayacaktır. Bu nedenle de aile konutu üzerine konulan ipotek nedeniyle ipoteğin paraya çevrilmesi yoluna başvurulması halinde ödeme emrinin diğer eşe de tebliğ edilmesi yerinde olur. Nitekim İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun (SchKG) 153. maddesinde aile konutu üzerindeki ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte ödeme emri borçlu olmayan diğer eşe de tebliğ edilmekte ve borçlu olmayan eşe, borçlunun itiraz hakkından bağımsız olarak ödeme emrine itiraz etme hakkı tanınmaktadır¹⁶. Böylece borçlu olmayan eş, aile konutu üzerine ipotek konulurken kendi rızasının alınmadığını, oysa aile konutu üzerine konulan ipoteğin aslında aile konutunun satış işlemini perdelemek için yapılmış bir işlem olduğunu ve aile konutunun satış işleminin de İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) 169. maddesindeki açık hüküm gereğince ancak kendi rızasıyla yapılabileceği itirazını ileri sürebilmektedir¹⁷. Bunun yanı sıra, borçlu olmayan eş, takip konusu alacağın mevcudiyetine, miktarına ve muaccel olup olmadığına ilişkin itirazları da ileri sürebilmektedir¹⁸. İsviçre hukukunda da ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibin dışında kalan diğer takip yollarında borçlu olmayan diğer eşe ödeme emri gönderilmediği gibi, diğer eşin ödeme emrine itiraz etme hakkı da söz konusu değildir.

Diğer yandan İcra ve İflâs Kanunu'nun 269 vd. maddelerine göre yapılacak olan ilâmsız tahliyede de ödeme emrinin ve tahliye emrinin borçlu olmayan diğer eşe de gönderilmesi gerekir. Çünkü ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte olduğu gibi burada da ilâmsız takip sonunda aile konutunun kaybedilmesi söz konusu olmaktadır. Bu nedenle Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesiyle sağlanan aile konutunun korunmasının etkin hale getirmek için, bizde de ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, ödeme emrinin ve aile konutunun ilâmsız tahliyesinde tahliye emrinin diğer eşe de tebliğ edilmesi ve buna itiraz etme hakkı İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılacak bir değişiklik ile öngörülebilir. Bu sayılan takip yollarının dışında kalan diğer takip yollarında ise, ödeme emrinin borçlunun yanı sıra eşine de

¹⁶ Bu maddenin amacının ise, aile konutuna konulan ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, bu takibin diğer eşin menfaatlerini de doğrudan etkilediği için diğer eşin kendi hakkını koruyabilmesini sağlamak olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Adrian **Stahelin**/Thomas **Bauer**/Daniel **Stahelin**, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs unter Einbezug der Nebenerlasse, Basel- Genf- München 1998, s. 1579.

¹⁷ Kurt **Amonn**/Dominik **Gasser**, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Bern 1997, s. 266.

¹⁸ **Stahelin/Bauer/ Stahelin**, s. 1586.

tebliğ edilmesine gerek yoktur. Ancak İcra ve İflâs Kanunu'nun 91. maddesinde bir değişiklik yapılarak aile konutunun haczedilmesi halinde, haczin diğer eşe de bildirilmesi gerektiği; ya da İcra ve İflâs Kanunu'nun 103. maddesinde bir değişiklik yapılarak, konut hacizlerinde haciz tutanağının bir örneğinin diğer eşe de gönderilmesi gerektiği kabul edilebilir¹⁹. Bu yolla aile konutunun haczedildiğini öğrenen diğer eş, haczedilen evin borçlunun haline münasip evi olduğunu (meskeniyet iddiasını) ve bu nedenle de haczedilemeyeceğini (İİK m. 82,12) şikâyet yoluyla ileri sürebilir. Ancak Yargıtay uygulamasına göre meskeniyet iddiasını sadece takip borçlusu ileri sürebilir²⁰. Bununla birlikte, Yargıtay'ın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Çünkü İcra ve İflâs Kanunumuzun şikâyete ilişkin hükümlerinde, İsviçre İcra- İflâs Kanunu'na (SchKG Art. 17, 18, 19) paralel bir şekilde, şikâyet hakkının sadece cebri icranın taraflarına ait olduğuna ilişkin açık bir sınırlandırma öngörülmemiştir. Doktrinde ise, isabetli bir şekilde, şikâyet hakkına, cebri icranın tarafları olan borçlu ve alacaklının yanı sıra, cebri icra organının işlemlerinden dolayı hukuken korunmaya değer menfaatleri olumsuz yönde etkilenen üçüncü kişilerinde sahip olabileceği kabul edilmektedir²¹. Bu bağlamda borçlunun evinin haczedilmesi halinde, borçlunun ailesinin ve eşinin hukuki yararları

¹⁹ Bkz. **Dönmez**, s. 354.

²⁰ “Meskeniyet şikâyetinde bulunmak, yalnızca borçlunun şahsına bağlı bir haktır. Borçlunun eşi olan davacı 3. kişi durumunda olup ancak istihkak iddiasında bulunabilir.” HGK 30.4.2003, 12-313/310, (www.kazanci.com.tr); aynı yönde kararlar için bkz. 12. HD. 31.01.2003, 27890/1691; 12. HD. 07.10.2002, 18733/ 20140 (Talih Uyar, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C.5, Ankara 2006, s. 7251)

²¹ **Kuru**, s. 99; **Kuru/ Arslan/Yılmaz**, s. 66; **Üstündağ**, s. 60; Hakan **Pekcanitez/ Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/ Muhammet Özekes**, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2006, s. 77; Timuçin **Muşul**, Teorik ve Uygulamalı İcra ve İflâs Hukuku I İcra Hukuku, İstanbul 2001, s. 118; Hakan **Pekcanitez**, İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986, s. 98; **Atalay**, s. 55; **Dönmez**, s. 352. İsviçre hukukunda borçlunun haline münasip evi haczedilemez mal olarak SchKG Art. 92'de sayılmamaktadır. Ancak şikâyet yoluna başvurma hakkıyla ilgili olarak, hacizden menfaatleri olumsuz yönde etkilenen eşin veya diğer üçüncü kişilerin şikâyet yoluna başvurabilecekleri kabul edilmektedir. Bkz. Carl **Jaeger/Hans Ulrich Walder/Thomas M. Kull/Martin Kottmann**, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Erläutert für den praktischen Gebrauch, Band I, Zürich 1997, s. 77; **Amonn/ Gasser**, s. 40; Karl **Spühler/ Susanne B. Pfister**, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich 1999, s. 29.

bulunduğu için, haczedilen evin borçlunun haline münasip evi olduğu iddiasıyla şikâyet yoluna başvurabilme hakkı olmalıdır²².

Diğer yandan malik olmayan eş, hacizde tertip kurallarına uyulmadığı ve bu nedenle de aile konutunun haczedilmesinin doğru olmadığını da şikâyet yoluyla ileri sürebilmelidir²³. Gerçi İcra ve İflâs Kanunu'nda hacizde tertibi öngören açık bir hüküm yoktur. Ancak, İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinden haczi koyan memurun hacizde belli bir sıraya uyması gerektiği sonucu çıkmaktadır²⁴. Öyle ki 85. maddenin birinci fıkrasına göre, haczi yapan memur, borçlunun mallarından ancak alacağın ana, faiz ve takip giderlerini karşılayacak kadarına haciz koyabilir; daha fazlasına haciz koyamaz. 85. maddenin son fıkra hükmüne göre ise, haczi koyan memur, borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar bağdaştırmakla yükümlüdür. Bu hüküm gereğince haczi koyan memur, haciz yaparken borçlunun da menfaatlerini gözetmeli ve öncelikli olarak yokluğu borçluya en az yük teşkil edecek malları haczetmelidir. Borçlunun diğer mal varlığı örneğin alacağı karşılayacak kadar taşınırı veya üçüncü kişide bir alacağı varsa, icra memuru öncelikle bunların haczi yoluna gidip, borçlunun evinin haczini yapmamalıdır. Buna rağmen haczi yapan memur borçlunun evini (aile konutunu) haczederse, diğer (malik olmayan) eş hacizde tertip kurallarına uyulmadığı gerekçesiyle de şikâyet yoluna başvurabilmelidir.

Diğer (malik olmayan) eşin şikâyet hakkı, borçlu eşin şikâyet hakkından bağımsızdır. Çünkü bir tasarrufla birden fazla kişinin hakkı ihlal ediliyorsa, hakları ihlal edilen bu kişiler arasında bir dava arkadaşlığı söz konusu olmayıp, her biri, bağımsız şikâyet hakkına sahip olur²⁵. Borçlunun haline münasip evinin haczedilmesi veya hacizde tertip kurallarına uyulmaksızın aile konutunun haczedilmesi durumlarında da borçlunun yanı sıra diğer eşin de bu işlemlerle hakları ihlal edilmektedir. Bu nedenle de borçlu eş, şikâyet hakkından feragat etse bile, bu feragat diğer eşin şikâyet hakkını ortadan kaldırmaz. Diğer eş, şikâyet hakkını, borçlu eşin şikâyet hakkından bağımsız

22 **Kuru**, s. 99; **Pekcanitez**, s. 98; **Atalay**, s. 55; **Dönmez**, s. 352.

23 Nitekim İsviçre hukukunda hacizde tertip kurallarına uyulmaması nedeniyle borçlunun evinin haczedilmesi halinde diğer eşin şikâyet yoluna başvurabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Hausheer/ Reuser/Geiser**, s. 389.

24 **Kuru**, s. 370; **Kuru/ Arslan/Yılmaz**, s. 237; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes**, s. 195.

25 **Üstündağ**, s. 60.

olarak, haczi öğrendiği tarihten itibaren yedi günlük süre içerisinde kullanabilir²⁶.

IV. Kiralanan Aile Konutunun İlâmsız İcra Yoluyla Tahliyesi

Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi ile bir eşin diğer eşin açık rızası olmaksızın aile konutuyla ilgili kira sözleşmesini feshedemeyeceği ve aile konutunun eşlerden biri tarafından kira ile sağlanması halinde, diğer eşin de kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline geleceği ve diğer eşle birlikte müteselsilen sorumlu olacağı hükme bağlanmaktadır. Söz konusu hükümlerin aile konutunun İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre yapılacak olan ilâmsız icra yoluyla tahliyesine engel olup olmayacağı, ilâmsız icra yolunda kira sözleşmesinin tarafı olmayan diğer eşin bu takipteki hukuki durumunun ne olacağının belirlenmesi gerekmektedir.

İlâmsız tahliyenin düzenlendiği İcra ve İflâs Kanunu'nun 269 vd. maddelerine göre kiralanan taşınmazın (aile konutunun) ilâmsız icra yoluyla tahliye edilebilmesi için, kira bedelinin ödenmemesi veya kira süresinin bitmiş olması gerekir. Bu nedenle de konunun, kira bedelinin ödenmemesi ve kira süresinin bitmesi nedeniyle ilâmsız tahliye olarak ayrı başlıklar altında incelenmesi gerekir.

A. Kira Bedelinin Ödenmemesi Nedeniyle Aile Konutunun İlâmsız İcra Yoluyla Tahliyesi

Kiracının kira bedelini ödemesi, kiracının en önemli borçlarındadır. Kiracının kira bedelini ödeme borcunu yerine getirmemesi halinde, kiralayanın İcra ve İflâs Kanunu'nun 269-269d maddelerine göre ilâmsız tahliye yoluna başvurma imkânı vardır. Kiralayanın ilâmsız tahliye yoluna başvurması halinde, borçluya gönderilecek olan ödeme emrinde ödenmeyen kira bedelinin ödenmesi ve kiracının tahliyesi istenir. Gönderilen ödeme emrine itiraz edilmez ve Borçlar Kanunu'nda öngörülen (266 ve 288) süre içerisinde de borç ödenmez ise, kiralayan, ihtar süresinin bitim tarihinden itibaren altı ay içinde kiracının tahliyesi için icra mahkemesine başvurur (İİK m. 269/a). İcra mahkemesi ödeme emrine itiraz edilmediğini ve ödeme süresi içinde kira bedelinin ödenmediğini tespit ederse, kiracının taşınmazı tahliye etmesine karar verir (İİK m. 269/a).

²⁶ Meskeniyet şikâyetinin haczin öğrenilmesinden itibaren yedi günlük süre içerisinde ileri sürülmesi gerektiği yönündeki Yargıtay kararları için bkz. 12. HD 22.04.2005, 5078/8749; 12. HD 24.03.2005, 2607/6131; 12. HD 07.06.2004, 9875/ 14493, (Uyar, s. 7298).

Genel hatları kısaca bu şekilde olan kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle ilâmsız tahliye yolu, kira ile edinilen aile konutu hakkında da uygulanır. Nitekim İcra ve İflâs Kanunu'nda kiralanan taşınmazın aile konutu olup olmadığı ile ilgili bir ayırım yapılmaksızın hükümler sevk edilmiştir (İİK m 269-269d). Yine Borçlar Kanunu'nda da kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle kiralayanın fesih hakkında aile konutuna ilişkin özel hükümler öngörülmemiştir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 269. maddesi gereğince kira bedelinin ödenmesi ve tahliyesine ilişkin ödeme emri sadece borçluya gönderilir. Şayet aile konutu olarak kiralanan taşınmaz, eşlerden biri tarafından kirallanmış ise, ödeme emri de sadece kira sözleşmesinin tarafı olan eşe gönderilecektir. Ödeme emrini alan borçlu eş, ödeme emrine itiraz etmez ve ödeme süresi içinde de kira bedelini ödemez ise, kiracının aile konutundan ilâmsız tahliye yoluyla tahliyesi sağlanır. Borçlu veya borçlu olmayan eş, ilâmsız tahliyeden ödeme süresi içinde kira bedelini ödeyerek kurtulabilir. Ancak kiracı sıfatı olmayan diğer eşin ilâmsız tahliyeden haberinin olmaması halinde, borcu ödeyerek aile konutunu ilâmsız tahliyeden kurtarma imkânı da ortadan kalkacaktır. Bu nedenle de kira bedelinin ödenmemesi halinde ilâmsız tahliye yoluna başvurulması halinde bu takipten diğer eşin de haberdar edilmesi gerekir. Nitekim İsviçre hukukunda kiralayanın fesih hakkına ilişkin hükümlerde feshedilecek kira sözleşmesinin aile konutuna ilişkin olması halinde, kiralayanın bu fesih beyanını kira sözleşmesinin tarafı olmayan diğer eşe de bildirmesi gerektiği İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) 266n maddesinde açıkça hükme bağlanmıştır²⁷. Söz konusu hükme göre kiralayan sözleşmeyi feshedeceği ihtarıyla birlikte ödeme süresini eşlerin her ikisine de ayrı ayrı (tebliğ etmek) bildirmek zorundadır. Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinde öngörülen aile konutunun korunmasının etkin olarak sağlanması için benzer düzenlemeler Borçlar Kanunu'nda ve İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılmalıdır²⁸. Gerçi Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın

²⁷ Geniş bilgi için bkz. **Hausheer/ Reuser/Geiser**, s. 410 vd.; Theo **Guhl/ Alfred Koller/ Anton K. Schnyder/ Jean Nicolas Druey**, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000, s. 452 vd.

²⁸ Kaynak İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda kira bedelinin ödenmemesi ve kira süresinin bitmesi nedeniyle ilâmsız tahliye yolu öngörülmemiştir. Ancak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 274-274g maddelerinde kira ile ilgili uyuşmazlıkların çözüm yolları hakkında düzenlemeler öngörülmüştür. Söz konusu hükümlerde taşınmaz kiralaları ile ilgili uyuşmazlıklarda ilk önce Kanton bazında kurulmuş olan arabuluculu makamına gidilmesi (OR Art. 274a), şayet burada bir çözüme ulaşılmaz ise, tarafların otuz gün

aile konutu kenar başlığını taşıyan 348. maddesinin üçüncü fıkrasında, kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanması hâlinde kiraya verenin, fesih bildirimini ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorunda olduğu hükme bağlanmaktadır. Ancak, yapılan bu düzenleme yeterli ve öngörülen korumayı sağlayacak nitelikte de değildir. Çünkü bu hükme göre, kiracı sıfatı olmayan eş, kiraya verene bildirimde bulunarak sözleşmenin tarafı haline gelmemiş ise, kiraya verenin fesih bildirimini ve fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini diğer eşe bildirme zorunluluğu söz konusu olmayacaktır. Bir sözleşmenin feshinin hüküm ve sonuç doğurması, fesih beyanının sözleşmenin diğer tarafına ulaşmasına bağlıdır²⁹. Bu bağlamda başlangıçta sözleşmenin tarafı olmayan ancak sonradan kiraya verene bildirimde bulunmak suretiyle sözleşmenin tarafı haline gelen diğer eşe de, bu eş artık sözleşmenin tarafı olduğu için zaten fesih bildirimini yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde fesih hüküm ve sonuç doğurmaz. Bu nedenle Tasarı'yla getirilmesi düşünülen değişiklik kanaatimce, Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesiyle sağlanan aile konutunun korunmasını etkin hale getirmekten uzaktır.

Türk Borçlar Kanunu Tasarı'daki hüküm İsviçre Borçlar Kanunu'nun 266n maddesine paralel olarak düzenlenirse, Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin amacının gerçekleşmesine hizmet edilmiş olur. Diğer yandan ilâmsız tahliyeyle ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'nun ilgili hükümlerinde de değişiklik yapılması gerekir. Bu bağlamda İcra ve İflâs Kanunu'nun 269-269d maddeleri değiştirilerek, aile konutunun tahliyesinde kira sözleşmesinin tarafı olmayan diğer eşe de ödeme emrinin tebliğinin ve ödeme emrine itiraz etme hakkının sağlanması gerekir. Ancak kanun değişikliği yapılana kadar kira sözleşmesinin tarafı olmayan eşin, diğer eşin kötü niyetli davranışlarından zarar görmemesi için, kiralayana yapacağı bildirimle kira sözleşmesinin tarafı haline gelmesi, ara çözüm olarak kabul edilebilir.

Kira sözleşmesini eşler birlikte yapmış veya aile konutu eşlerden biri tarafından kiralanmış, ancak sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelmiş ise, ilâmsız tahliye daha farklı yapılır. Böyle bir durumda kira bedeli bölünebilen bir borç olduğu için, kira bedelinin ödenmesinden her iki eşin eşit olarak sorumlu olması

içinde mahkemeye gidebilecekleri (OR Art. 274f) hükme bağlanmaktadır. Geniş bilgi için bkz. **Guhl/ Koller/ Schnyder/ Druey**, s. 458-459.

²⁹ Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, s. 63;

gerekir³⁰. Ancak Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin son fıkra hükmünde eşlerin müteselsil sorumlu olacakları hükme bağlanmıştır. Bu hüküm gereğince kira bedelinin tahsili için yapılacak olan icra takibinde alacaklı, dilediği eşi borçlu olarak gösterebilecektir. Yani borçlu eşler arasında, ihtiyari takip arkadaşlığı söz konusu olacaktır³¹. Ancak kiralayan alacaklı, kira bedelinin ödenmesi ve ilâmsız tahliyeyi isterse bu durumda, tahliye bölünemeyen bir borç olduğu için bu talebin bütün kiracılara karşı yöneltilmesi gerekir³². Bu nedenle de kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle aile konutunun ilâmsız tahliyesi halinde kiracı eşler arasında mecburi takip arkadaşlığı söz konusu olur ve ödeme emrinin her iki eşe de tebliğ edilmesi gerekir³³. Ödeme emri her iki eşe de gönderildiği için, aile konutunun eşlerden birinin haberi olmaksızın ilâmsız tahliyesi mümkün olmayacak ve her iki eşinde ödeme emrine itiraz etme hakkı söz konusu olacaktır. Ancak yukarıda belirtilen durumda, yani kira sözleşmesinin eşlerden biri tarafından yapılması halinde, ilâmsız tahliyede diğer eşin ödeme emrine itiraz etme hakkı yoktur.

B. Kira Süresinin Bitmesi Nedeniyle Kiralanan Aile Konutunun İlâmsız İcra Yoluyla Tahliyesi

Kira sözleşmesi, esas itibariyle Borçlar Kanunu'nun 248 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca kira ile ilgili olarak taşınmaz kiralarna ilişkin 1955 yılında 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun kabul edilmiştir³⁴. 6570 sayılı GKHK'nın 1. maddesinde, belediye teşkilatı olan

30 Aydın **Zevkliler/ Ayşe Havutçu**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, s. 162; Talih **Uyar**, İcra Hukukunda Tahliye, Manisa 1981, s. 103.

31 **Atalay**, s. 56; **Kuru/Arslan/ Yılmaz**, s. 104, dn. 11.

32 “...Kira sözleşmesinde birden fazla kiracı bulunması halinde kiracılar arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunması sebebiyle tahliye istemli icra takibinin bütün kiracılar aleyhine yapılması gerekir. Kiralananın tahliyesi bölünebilir borçlardan olmadığından kiracılardan biri aleyhine yapılan icra takibi ile tahliye kararı verilemez...” 6.HD 28.06.2004, 4905/5293, (Müslim **Tunaboğlu**, İcrada Tahliye- Uyarlama- Tespit- Alacak Davaları, Ankara 2005, s. 29); **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 104, dn. 11; **Uyar**, (Tahliye), s. 102; **Tunaboğlu**, s. 16; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 163.

33 **Atalay**, s. 56.

34 Bununla birlikte Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın yasalaşması halinde 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, bu kanundaki hükümler Borçlar Kanunu'na dâhil edildiği için, yürürlükten kalkacaktır. Bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, T.C. Adalet Bakanlığı Ankara 2008, s. 183.

yerlerde, iskele, liman ve istasyonlardaki gayrimenkullerin (üstü örtülü olmayanları hariç) kiralananlarında kiralaayanla kiracı arasındaki hukuki ilişkilerde bu kanun ile Borçlar Kanunu'nun bu kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu hüküm gereğince, belediye teşkilatı olmayan yerlerdeki taşınmazlar ile iskele, liman ve istasyonlardaki üstü örtülü olmayan taşınmaz kiralalarında Borçlar Kanunu hükümleri, bunun dışında kalan yerlerdeki taşınmaz kiralalarında ise, 6570 sayılı GKHK hükümleri ve bu kanuna aykırı olmayan Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır. 6570 sayılı GKHK'nun birinci maddesinde yapılan belirleme gereğince taşınmaz kiralalarına uygulanacak hükümler farklı olduğu için, bu taşınmazların ilâmsız icra yoluyla tahliyesinde de bazı farklılıklar söz konusu olmaktadır. Bu nedenle kira süresinin bitmesi nedeniyle aile konutunun ilâmsız icra yoluyla tahliyesini, Borçlar Kanunu hükümlerine tâbi olan aile konutunun tahliyesi ve 6570 sayılı GKHK'a tâbi olan aile konutunun tahliyesi olarak iki ayrı başlık altında incelemek gereklidir.

1. Kira Sözleşmesine Borçlar Kanunu Hükümleri Uygulanan Aile Konutunun Tahliyesi

Kira ile sağlanan aile konutu belediye teşkilatı olmayan bir yerde ise, bu kira sözleşmesine Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır (6570 sayılı GKHK m.1). Borçlar Kanunu'nun 263 maddesine göre belirli süreli kira sözleşmelerinin zımnî yenileme olmadığı müddetçe, kira süresinin bitiminde sözleşme kendiliğinden sona erer. Kiralayanın ayrıca ihtar çekmesine ve feshi ihbarda bulunmasına gerek olmadan, süre sonunda kiracının kiralananı tahliye ve kiralaayana teslim etmesi gerekir³⁵. Buna rağmen kiracı süre sonunda kiralananı tahliye etmez ise kiralaayan İcra ve İflâs Kanunu'nun 272–275 maddelerine dayanarak ilâmsız tahliye talebinde bulunabilir.

Kira süresinin bitmesi nedeniyle aile konutunun tahliyesinde İcra ve İflâs Kanunu'nun 272–275. maddeleri tam olarak uygulanır. Söz konusu hükümlerin uygulanması için yazılı kira sözleşmesinin olması yeterli olup³⁶, ayrıca yazılı tahliye taahhüdüne gerek yoktur³⁷.

³⁵ **Zevkliler/ Havutçu**, s. 225; Fahrettin **Aral**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, s. 271.

³⁶ İcra ve İflâs Kanunu'nun 272. maddesinde yazılı kira sözleşmesinin takip talebine eklenmesi gerektiği belirtildiği için, yazılı kira sözleşmesinin takibe eklenmemesi halinde şikâyet yoluna gidilebilir. Bkz. **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes**, s. 296; Ancak 6570 sayılı GKHK'ya tabi olan taşınmazlarda yazılı kira sözleşmesinin takip

İcra ve İflâs Kanunu'nun 272-275. maddelerine dayanılarak kira süresinin bitmesi nedeniyle aile konutunun tahliyesi için, kira süresinin bitiminden itibaren bir ay içinde talepte bulunulması gerekir. Kiralayanın tahliye talebi ile birlikte yazılı kira sözleşmesini de icra dairesine vermesi gerekir (İİK m. 272; İİK m. 21/d). Yazılı kira sözleşmesine dayanılarak kiracıya bir tahliye emri gönderilir. Bu tahliye emrinde, kiralayanın ve kiracının ve varsa temsilcilerinin isimleri ve adresleri, sözleşme tarihi, kira sözleşmesinin yenilendiği veya uzatıldığına ilişkin itirazı varsa bunu yedi gün içinde bildirebileceği, itirazda bulunmaz veya taşınmazı tahliye etmez ise, tahliye emrinin tebliğinden itibaren onbeş gün içinde tahliye ve teslimi yapması aksi takdirde taşınmazdan zorla çıkarılacağı ihtarını yer alır. Gerek İcra ve İflâs Kanunu'nda gerekse Borçlar Kanunu'nda tahliye edilecek olan taşınmazın aile konutu olması halinde kiracı sıfatı olmayan diğer eşin hakları hususunda her hangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu nedenle de aile konutunun kira süresinin bitmesi nedeniyle tahliyesinde tahliye emri sadece kiracı sıfatı olan eşe gönderilir. Tahliye emri sadece kiracı sıfatı olan eşe gönderileceği için, tahliye emrine itiraz etme hakkı da sadece kiracı sıfatı olan eşe ait olacaktır. Kiracı sıfatı olan eş kötü niyetli olarak, özellikle boşanma davası sürecinde diğer eş mağdur etmek amacıyla tahliye emrine itiraz etme hakkını kullanmayarak tahliyenin gerçekleşmesini sağlayabilir. Bu durum, Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesiyle sağlanan aile konutunun korunmasına uygun olmayıp, kiracı sıfatı olmayan diğer eşin zarar görmesine neden olmaktadır. Kiracı sıfatı olmayan diğer eşin zarar görmemesi için, İcra ve İflâs Kanunumuzda değişiklik yapılması gerekir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 272. maddesinin son fıkrası "kiralayanın ve kiracısının ve varsa mümessillerinin, tahliye edilecek taşınmaz aile konutu ise, diğer eşin isim, şöhret ve yerleşim yerleri..." şeklinde; yine İcra ve İflâs Kanunu'nun 274. maddesinin birinci fıkrası " İtiraz etmek isteyen kiracı veya aile konutunun tahliyesinde kiracının eşi itirazını tahliye emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde dilekçe ile veya şifahi bildirir." şeklinde değiştirilmesi yerinde olur. Aynı şekilde İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliğinin 36. maddesinin de buna paralel olarak değiştirilmesi gerekir. Bu şekilde tahliye edilecek taşınmazın aile konutu olması halinde tahliye emri hem kiracıya hem de eşine gönderilecek ve her iki eşinde bir birinden bağımsız tahliye emrine itiraz etme hakları söz konusu olacak ve kiracı sıfatı olmayan diğer eş mağdur edilmemiş olacaktır.

talebine eklenmesi şart olmayıp, yazılı tahliye taahhüdüyle ilâmsız takip yapılabilir. Burada da yazılı tahliye taahhüdünün olmaması halinde şikâyet yoluna gidilebilmelidir.

37 **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 376.

Kira sözleşmesini eşler birlikte yapmış veya aile konutu eşlerden biri tarafından kiralanmış, ancak sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline gelmiş ise, tahliye emrinin her iki eşe de gönderilmesi gerekir. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz gibi, birden fazla kiracının olması halinde, tahliye borcu bölünemeyen borç olduğu için, tahliye talebinin bütün kiracılara karşı yöneltilmesi gerekir³⁸. Bu durumda eşler arasında mecburi takip arkadaşlığı söz konusu olur. Eşler bir birinden bağımsız olarak tahliye emrine itiraz edebilir ve biri diğerinin kötü niyetli davranışlarından zarar görmez.

2. Kira Sözleşmesine 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Uygulanan Aile Konutunun Tahliyesi

Kira ile sağlanan aile konutu 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun kapsamında bir konut olabilir. Söz konusu Kanun'un 11. maddesine göre belirli süreli kira sözleşmelerinde kira süresinin bitiminde sözleşmenin sona ermesi için, kiracının, sürenin bitiminden en az onbeş gün önce taşınmazı boşaltacağını yazılı olarak kiralayana bildirmesi gerekir. Bu süre içerisinde kiracı, taşınmazı boşaltmak istemez ise, kira süresi aynı şartlarla bir yıl daha uzamış sayılır. Kiracının kira süresinin bitiminde kira sözleşmesine son verme hakkı tanınmış olmasına rağmen, 6570 sayılı GKHK'da **kira süresinin bitmesi nedeniyle** kiralayana sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınmamıştır. Bu nedenle de kiralayan kira süresinin bitmesi nedeniyle İcra ve İflâs Kanunu'nun 272-275. maddelerine göre ilâmsız tahliye yoluna başvuramaz. Ancak, kiralayanın elinde kiracısı tarafından verilmiş yazılı bir tahliye taahhüdünün olması halinde, kiralayan kiracısının tahliyesini isteyebilmektedir (GKHK m.7,a).

Kiralayan, yazılı tahliye taahhüdüne dayanarak, söz konusu tahliye taahhüdünde belirtilen sürenin bitiminden itibaren bir ay içinde İcra ve İflâs Kanunu'nun 272-275. maddelere göre ilâmsız tahliye yoluna başvurabilir³⁹. Yazılı tahliye taahhüdüne dayanılarak kiracıya bir tahliye emri gönderilir. Bu tahliye emrinde kiralayanın ve kiracının ve varsa temsilcilerinin isimleri ve adresleri, sözleşme tarihi, kira sözleşmesinin yenilendiği veya uzatıldığına ilişkin itirazı varsa bunu yedi gün içinde bildirebileceği, itirazda bulunmaz veya taşınmazı tahliye etmez ise, tahliye emrinin tebliğinden itibaren onbeş gün içinde tahliye ve teslimi yapması aksi takdirde

³⁸ Uyar, (Tahliye), s. 314.

³⁹ Tahliye taahhüdünün geçerli olması için ilk kira sözleşmesinin yapılmasından sonraki bir tarihte verilmesi gerekir. Bkz. Aral, s. 284; Zevkliler/ Havutçu, s. 249; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 380; Muşul, s. 1168.

taşınmazdan zorla çıkarılacağı ihtarı yer alır. Gerek İcra ve İflâs Kanunu'nda gerekse 6570 sayılı GKHK'da tahliye edilecek olan taşınmazın aile konutu olması halinde kiracı sıfatı olmayan diğer eşin hakları hususunda her hangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu nedenle de aile konutunun kira süresinin bitmesi nedeniyle tahliyesinde tahliye emri sadece kiracı sıfatı olan eşe gönderilir ve tahliye emrine itiraz etme hakkı da sadece kiracı sıfatı olan bu eşe aittir. Ancak Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesindeki açık hüküm gereğince, eşlerden biri diğerinin açık rızası olmaksızın kira sözleşmesini feshedemez. Bu nedenle de kira sözleşmesi eşlerden biri tarafından yapılmış olsa bile kira sözleşmesini fesih hakkı diğer eşin açık rızasıyla kullanılabilir⁴⁰. Bu bağlamda kira sözleşmesini yapan eş, kira sözleşmesinin feshi sonucunu doğuracak olan yazılı tahliye taahhüdünü de diğer eşin açık rızası olmaksızın yapamayacaktır⁴¹. Bu nedenle de diğer eşin açık rızası olmaksızın verilen yazılı tahliye taahhüdü geçersiz olacak ve buna dayanılarak aile konutunun ilâmsız tahliyesini sağlamak mümkün olmayacaktır. Buna rağmen ilâmsız tahliye yoluna gidilirse, diğer eşin tahliye emrine itiraz etme hakkı yoktur. Ancak diğer eş, tahliye edilecek konutun aile konutu olduğunu ileri sürerek şikâyet yoluna başvurabilir. Bu durumda icra mahkemesi şikâyetçinin şikâyet sebeplerini dinleyerek, tahliye edilecek konutun aile konutu olup olmadığını tespitini sağlamak için, şikâyetçi eşe aile mahkemesinde dava açma yetkisi verip, bu davanın sonucuna göre takibin devamına veya iptaline karar verir. Nitekim Yargıtay'da birçok kararında, diğer eşin açık izni olmaksızın verilen yazılı tahliye taahhüdüne dayanılarak yapılan ilâmsız takiplerde, diğer eşin şikâyet hakkı olduğuna ve icra mahkemesinin şikâyetçiye taşınmazın aile konutu olup olmadığını tespiti için mahkemede dava açma yetkisi vermesi gerektiğine karar vermektedir⁴². Ancak diğer eşin ilâmsız tahliyeden

40 Diğer eşin rızası belirli bir şekilde bağlı olmayıp, yazılı şekilde verilebileceği gibi sözlü de olabilir. Bkz. **Bräm/ Hasenböhler**, s. 432; **Honsell/ Vogt/ Wiegand**, s. 1414; **Şıpka**, s. 387; **Kamacı**, s. 131.

41 **Kılıçoğlu**, s. 44; **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 209; **Şıpka**, (Kitap), s. 134; **Şıpka**, s. 381; **Kamacı**, s. 130; **Uçar**, s. 427.

42 “Medeni Kanununun 194. madde hükmüne göre eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez, aile konutu haklarını sınırlayamaz. İcra Mahkemesince borçlu kocanın tahliye taahhüdü vermesi nedeniyle yapılan tahliyeye ilişkin takipte müşteki karının yukarıda açıklanan madde hükmü gereğince 3. kişi sayılmayacağından anılan madde

haberinin olmaması halinde şikâyet yoluna gitme imkânı da söz konusu olmayacaktır. Diğer yandan şikâyet yoluna gidilse bile, bu, ilâmsız takibi kendiliğinden durdurmamaktadır. Takibin durması için, mutlaka icra mahkemesinin karar vermesi gerekir. Bu nedenle biraz önce de belirttiğimiz gibi, İcra ve İflâs Kanunu'nun ve İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nin ilgili maddeleri (İİK m. 272, 274; İİKY. M. 36) değiştirilerek, aile konutunun tahliyesinde tahliye emrinin diğer eşe de gönderilmesi ve diğer eşin de tahliye emrine itiraz etme hakkının öngörülmesi, Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesindeki aile konutunun korunmasını daha etkin hale getirecektir.

Kira sözleşmesini eşler birlikte yapmış veya aile konutu eşlerden biri tarafından kiralanmış, ancak sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline gelmiş ise, yazılı tahliye taahhüdünün de her iki eş tarafından verilmesi gerekir. Bu durumda tahliye emrinin her iki eşe de gönderilmesi gerekir. Bu ihtimalde eşler arasında

koşulların da şikâyetin değerlendirilmesi gerekirken eksik inceleme ile icra müdürü işleminin iptaline yönelik şikâyetin reddi isabetsizdir.” 12 HD 24.5.2004, 8225/13095, (www.kazanci.com.tr); “Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir.” denilmektedir. Bu hüküm göstermektedir ki, aile konutu özel bir konuma ve öneme sahip kılınmış ve üzerindeki tasarruf yetkisi yasa ile sınırlandırılmıştır. Takibe ve tahliyeye konu taşınmazın aile konutu olduğunun belirlenmesi halinde bu yasal gereklerin yerine getirilip getirilmediğinin araştırılması gerekecektir. Öyleyse, mahkemece öncelikle bu iddia üzerinde durulmalı ve takip ve tahliyeye konu taşınmazın kaydı üzerinde şikâyetçi eşin talebi üzerine "aile konutu" olduğuna ilişkin şerh verilip verilmediği, şikâyetçinin bu yerin "aile konutu" olduğunun tespitine yönelik olarak açılmış bir davasının ve aile mahkemesince yapılmış bir belirlemenin bulunup bulunmadığı araştırılmalı, sonucuna göre gerektiğinde şikâyetçiye tahliyesi istenen taşınmazın aile konutu olduğunu ispata yönelik olarak aile mahkemesine dava açma yetkisi ve olanağı verilmeli ve sonuca göre bir karar verilmelidir.” HGK 19.10.2005, 12-652/583, (www.kazanci.com.tr); “Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları ve İcra İflas Kanununun 276/4. maddesi uyarınca, boşanma gerçekleşse de, eşlerden birisi diğerine karşı ve ona tebaen mecurda oturduğundan üçüncü kişi sayılamaz. Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Olayda, koca, ilgili konutu takip alacaklısına satarak tahliye taahhüdünde bulunmuş ve alacaklının takibi üzerine itiraz etmeyip takibin kesinleşmesine sebep olmuştur. Mahkemece, mecurun aile konutu niteliğinde olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre karar verilmelidir.” 12. HD 20.12.2004, 21730/26253, (www.kazanci.com.tr).

mecburi takip arkadaşlığı söz konusu olur ve tahliye emrine itiraz etme hakkına her iki eş de sahip olur.

SONUÇ

Eşlerin ortak yaşamlarının merkezini oluşturan konutu ifade eden aile konutu, Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesiyle korunmaktadır. Bu hüküm gereğince eşlerden biri diğer eşin açık rızası olmadan bazı hukuki işlemleri yapamayacaktır. Bu hukuki işlemler eşin iradesiyle yapılacak işlemler olup, eşin iradesiyle yapılmayan cebri icra işlemlerini kapsamaz. Bu nedenle de Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi aile konutunun haczedilmesine engel oluşturmamaktadır. Bununla birlikte diğer eşin, haczedilen evin borçlunun haline münasip evi olduğu iddiasıyla veya hacizde tertip kurallarına uyulmadığı ve bu nedenle de aile konutunun haczedilmesinin doğru olmadığını şikâyet yoluyla ileri sürebilme hakkı vardır.

Kira ile sağlanan aile konutunun İcra ve İflâs Kanunu'nun 269 vd. maddelerine göre ilâmsız icra yoluyla tahliyesi de mümkündür. Ancak kira sözleşmesinin eşlerden biri tarafından yapılmış olması halinde diğer eşin zarar görmemesi ve Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesindeki korumanın etkin hale getirilmesi için Borçlar Kanunu ve İcra ve İflâs Kanunu'nda değişiklik yapılması gereklidir. Özellikle boşanma davası sürecinde kira sözleşmesinin tarafı olan eş, diğer eşî mağdur etmek amacıyla ilâmsız tahliye emrine itiraz etmeyerek takibin kesinleşmesine ve dolayısıyla da tahliyenin gerçekleşmesine sebep olmaktadır. Bu nedenle aile konutunun ilâmsız tahliyesine ilişkin hükümlerin aile konutunun korunmasına ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesine uyumlu hale getirilmesi gerekir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk**, Turgut: Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Hukuka Uyarlanmış Aile Hukuku, İstanbul 2002.
- Amonn**, Kurt/ **Gasser**, Dominik: Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrecht, Bern 1997.
- Aral**, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.
- Atalay**, Oğuz: Türk Medenî Kanunu'nda Aile Hukuku Mal Rejimlerine İlişkin Hükümlerin Takip Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Medenî Usul ve İcra- İflâs Hukukçuları Toplantısı-I, Eskişehir 2003.
- Bräm**, Verene/ **Hasenböhler**, Franz: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Teilband II 1c Die Wirkung der Ehe im allgemeinen Art. 159-180, Zürich 1998.
- Dönmez**, Murat: Aile Konutunun Haczi, TBB Dergisi, S.77, 2008.
- Dural**, Mustafa/ **Öğüz**, Tufan/ **Gümüş**, Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2005.
- Eren**, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.
- Guhl**, Theo/ **Koller**, Alfred/ **Schnyder**, Anton K. **Druey**, / Jean Nicolas: Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000.
- Hausheer**, Heinz/ **Reuser**, Ruth / **Geiser**, Thomas: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilgesetzbuch Das Familienrecht, Band II, Bern 1999.
- Hegnauer**, Cyril / **Breitschmid**, Peter: Grundriss des Eherechts, Bern 2000.
- Honsell**, Heinrich / **Vogt**, Nedim Peter / **Wiegand**, Wolfgang: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, Basel 2003.

- Jaeger, Carl /Walder, Hans Ulrich /Kull,Thomas M. / Kottmann, Martin:**Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Erlaeutert für den praktischen Gebrauch, Band I, Zürich 1997.
- Kaçak, Nazif:** Açıklama ve İctihatlarla Hacedilmezlik, Ankara 2006.
- Kamacı, Mahmut:**Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza) (TMK.nun 194. Maddesi), Yargıtay Dergisi, S. 2004/1-2.
- Kılıçoğlu, Ahmet:** Medenî Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003.
- Kuru, Baki** : İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004.
- Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder:** İcra ve İflâs Hukuku (Ders Kitabı), Ankara 2007.
- Muşul, Timuçin:** Teorik ve Uygulamalı İcra ve İflâs Hukuku I İcra Hukuku, İstanbul 2001.
- Öztan, Bilge** : Aile Hukuku, Ankara 2004.
- Pekcanitez, Hakan:** İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986.
- Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz /Sungurtekin Özkan, Meral / Özekes, Muhammet:** İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2006.
- Spühler, Karl / Pfister,Susanne B.:** Shuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich 1999.
- Stachelin, Adrian / Bauer,Thomas / Stachelin,Daniel:** Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs unter Einbezug der Nebenerlasse, Basel- Genf- München 1998.
- Şıpka, Şükran:** Aile Konutu ve Diğer Eşin Rızasına Bağlı İşlemler, Prof. Dr. Necla Arat'a Armağan, İstanbul 2004.
- Şıpka,Şükran:** Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul 2004, (Kitap).

**Tour, Peter / Schnyder, Bernhard/ Schmid, Jörg / Rumo-
Jungo, Alexandra:** Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich-Basel-
Genf 2002.

Tunaboylu, Müslim: İcrada Tahliye- Uyarılama- Tespit- Alacak Davaları,
Ankara 2005.

Uçar, Ayhan:4721 Sayılı Medeni Kanunu ile İhdas Edilen Yeni Bir
Müessesesi: Aile Konutu Müessesesi, AÜEHFD, C. X, S. 1-2 (2006).

Uyar, Talih: İcra Hukukunda Tahliye, Manisa 1981, (Tahliye).

Uyar, Talih: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C.5, Ankara 2006.

Üstündağ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2000.

Zevkliler, Aydın / Havutçu, Ayşe: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,
Ankara 2007.

ACİL TIBBİ MÜDAHALEDE BULUNAN HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

*Dr. Seçkin TOPUZ**

1. Giriş

Hekim, hukuk düzeni tarafından kendisine tıp mesleğini icra etme ve bu arada da tıbbi müdahalelerde bulunabilme yetkisi verilmiş olan kişilerdir.¹ Tıbbi müdahale, tıp bilimi ve uygulamasında yerleşmiş tedavi yöntemleridir.² Hekimler, tıbbi müdahalelilerini hastalar üzerinde icra ederler.

Hekimler ile tıbbi müdahalede bulunduğu hastalar arasında esas itibariyle farklı hukuki ilişkiler söz konusu olabilir.

Hekim, devlete ait bir sağlık kuruluşunda (örneğin, devlete ait hastaneler ve bu arada üniversite hastaneleri, dispanserler ve sağlık ocakları gibi) çalışıyorsa, hekim ile bu kuruma tedavi olmak için gelen hasta arasında özel hukuk anlamında bir sözleşme ilişkisi yoktur. Taraflar arasında kamusal nitelikte ilişki vardır. Dolayısıyla, bu tür bir ilişki, idare hukukunu ilgilendirir.³ Bu tür durumlar çalışma konumuzun dışındadır.

Hekim, özel bir hastanede hizmet sözleşmesi ile çalışıyorsa tedavi olmak amacıyla bu hastaneye gelen hasta arasında esas itibariyle her hangi bir ilişki yoktur. Bu durumda, hastane ile hasta arasında vekalet ilişkisi vardır. Hekim ise, hastane tüzel kişiliğinin ifa yardımcısı durumundadır.⁴ Bunun yanı sıra hekim, tedavi olmak amacıyla kendisine başvuran hastasını özel muayene-

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Araştırma Görevlisi.

1 **Ayan**, s. 5. Hukukumuzda kimlerin hekim olacağı, 11.04.1928 tarih ve 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının İcrasına Dair Kanun (bkz., 14 Nisan 1928 gün ve 863 sayılı Resmi Gazete) ile 23.11.1953 tarih ve 6023 Sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'na göre (bkz., 31 Ocak 1953 gün ve 8323 sayılı Resmi Gazete) belirlenmektedir.

2 **Ayan**, s. 10 vd.;

Çeker, bkz., <http://www.adalet.org/makale/xysbekran.php?idno=165&id2=413>

3 **Ayan**, s. 171 vd.; **Yılmaz**, s. 25.

4 **Ayan**, s. 143; **Yılmaz**, s. 24.

hanesinde tedavi ediyorsa, aralarında vekalet ilişkisi vardır.⁵ Tüm bu durumlarda hekimin hastasına yaptığı kanuna uygun nitelikteki tıbbi müdahaleler hastasının iradesine veya rızasına dayandığı sürece vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olur.⁶ Taraflar arasında sözleşme ilişkisinin olduğu durumlar da çalışma konumuz dışındadır.

Hekim ile hasta arasında veya hekimin çalıştığı özel sağlık kuruluşu ile hasta arasında yukarıdaki türden bir ilişki olmamasına karşın hekim hastaya tıbbi müdahalede bulunursa ve yaptığı bu müdahale hastanın yararına değilse, kural olarak kişilik haklarına aykırılık olur. Bundan bir zarar meydana gelmesi durumunda ise, hekim ile hasta arasında BK'nun 41 vd. maddeleri anlamında haksız fiil ilişkisi meydana gelebilir.⁷ Bu tür durumlar da çalışma konumuz dışındadır.

Yukarıdaki durumların dışında öyle bazı olaylar da vardır ki, bu olaylarda hekim, çalıştığı devlete veya özel sağlık kuruluşuna yada kendi muayenehanesine hastanın her hangi bir başvurusu olmaksızın da, hastanın sağlığının daha da kötüleşmesi tehlikesine karşı, acil olarak hastaya tıbbi müdahalede bulunmak zorunda kalabilir. Bu tür durumlar daha çok, bir kimsenin sağlığının zarar gördüğü veya tehlikeye düştüğü bir olayda hekimin tesadüfen hastanın yanında olmasından ileri gelir. Bunun yanında, hekimin çalıştığı özel sağlık kuruluşu ile veya hekim ile tedavi olmak amacıyla başvuruda bulunan hasta arasında bir vekalet sözleşmesinin olduğu ve ancak tıbbi müdahale esnasında ameliyat planının değişmesi veya genişlemesi söz konusu olabilir. Buna bağlı olarak da hekim acil olarak vekalet sözleşmesinin kapsamı dışında hastaya daha başka tıbbi müdahalelerde bulunmuş olabilir. Çalışmamızın konusu, bu iki durumla sınırlıdır.

2. Acil Durumlarda Tıbbi Müdahalede Bulunan Hekim İle Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği

Acil durumlarda hekim, hastanın iradesine dayanmaksızın hastaya tıbbi müdahalede bulunmaktadır. Doktrinde bu tür müdahale durumlarında taraf-

⁵ Bkz., **Tandoğan**, s. 216; **Ayan**, s. 54; **Gümüş**, s. 221; **Demir**, s. 154; **Yılmaz**, s. 16; **Öztürkler**, s. 57; **Savaş**, s. 296; **Hancı**, s. 147. **Özdilek**, s. 17. Buna karşın **Hatırnaz** (bkz., s. 39) karma bir sözleşme olduğu görüşündedir.

⁶ Yargıtay da hekim ile hasta arasındaki ilişkiyi vekalet sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. Öyle ki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun "...Somut uyuşmazlıkta davacı E. (hasta) ile davalılar (hastane ve doktorlar) arasında vekil-müvekkil ilişkisi mevcut olup ... uyuşmazlığa vekalet hükümleri uygulanmalı..." şeklindeki 11.12.2002 tarih ve 2002/13-1011 esas, 2002/1047 sayılı karar için bkz., **Yılmaz**, s. 25.

⁷ **Ayan**, s. 116; **Şenocak**, s. 109 vd.; **Yılmaz**, s. 14 vd.; **Savaş**, s. 295.

lar arasında vekaletsiz iş görme ilişkisi olduğu kabul edilmektedir.⁸

Vekaletsiz iş görme konusunda doktrinde, gerçek ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ayrımı yapılmaktadır. “Gerçek” vekaletsiz iş görme, bir başkasının menfaatine vekaletsiz iş görmedir.⁹ “Gerçek olmayan” vekaletsiz iş görme ise, vekaletsiz iş gören kişinin kendi menfaatine, yani sırf gördüğü işten bir menfaat elde etmek amacıyla iş görmesidir. Kanaatimize göre, hekimin acil tıbbi müdahalede bulunduğu durumlarda “gerçek” bir vekaletsiz iş görme söz konusudur. Çünkü, bu tür durumlarda genel olarak hekim hastanın menfaatine tıbbi müdahalede bulunma iradesini taşımaktadır. Hatta acil durumlarda hekimin tedavi amaçlı olarak hastanın menfaatine tıbbi müdahalede bulunması, aynı zamanda hukuki bir yardım yükümlülüğüdür¹⁰. Görülen işin kanuni olarak başkasına yardım yükümlülüğü altında yapılmış olması ise, bu işin vekaletsiz iş görme ve bu kapsamda gerçek vekaletsiz iş görme olarak nitelendirilmesinin önünde bir engel teşkil etmemektedir.¹¹

Acil tıbbi müdahalede bulunan durumlarda gerçek bir vekaletsiz iş görmeden bahsedilebilmesi için “gerçek” vekaletsiz iş görme ilişkisinin unsurlarının gerçekleşmiş olması gerekir.

Somut olayda “gerçek” bir vekaletsiz bir iş görmeden bahsedilebilmesi için öncelikle, bir işin görülmesi gerekir.¹² Hekimle hasta arasındaki ilişkinin gerçek vekaletsiz iş görme olarak nitelendirilebilmesi için de aynı şekilde hekimin bir iş görmesi, yani, hastaya tıbbi müdahalede bulunması gerekir.

Gerçek vekaletsiz iş görmenin bir diğer unsuru ise, görülen işin başkasına ait olması, başkasının menfaat alanına müdahale edilmesidir. Başkasına ait hakların kullanılması veya korunması da işin başkasına ait olması anlamındadır.¹³ Hekimin tıbbi müdahalede bulunduğu durumlarda da başkasına ait bir hakkın kullanılması ve korunması söz konusudur. Çünkü, tıbbi müdahale başkasının vücut bütünlüğü üzerinde yapılır. Bu bakımdan kişilik haklarına bir müdahale oluşturur. Kişilik haklarının kullanılması ve korunması ise,

⁸ Bkz., **Ayan**, s. 60; **Şenocak**, s. 102 vd.; **Yılmaz**, s. 38; **Savaş**, s. 295; **Çeker**, bkz., <http://www.adalet.org/makale/xysbekran.php?idno=165&id2=413>

⁹ Bkz., **Huguenin**, Nr. 611 vd.

¹⁰ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin (bkz., 19 Şubat 1960 gün ve 10436 sayılı Resmi Gazete) 3. maddesinde, mücbir sebep olmadıkça hekimin tıbbi yardım yükümlülüğü altında olduğu ifade edilmektedir.

¹¹ Bkz., **Tandoğan**, s. 680.

¹² **Tandoğan**, s. 678; **Zevkliler**, s. 351, **Yavuz**, s. 729.

¹³ **Huguenin**, Nr. 619 vd.; **ZürcherKomm-Schmid**, Art. 419, Nr. 9 vd.; **Tandoğan**, s. 678; **Zevkliler**, s. 351, **Yavuz**, s. 729.

kural olarak bu hakların sahibi olan kişiye aittir. Dolayısıyla hekim, tıbbi amaçlı da olsa bir müdahalede bulunduğu zaman başkasına ait bir işi görmüş olmaktadır.

Gerçek vekaletsiz iş görmenin üçüncü unsuru ise, iş görenin vekaletinin olmamasıdır.¹⁴ Hekimin acil olarak tıbbi müdahalede bulunduğu durumlarda da bu anlamda bir vekaletsiz iş görmeden bahsedilebilmesi için, böyle bir müdahale konusunda hekimle hasta arasında hastanın tedavisine ilişkin bir vekalet sözleşmesinin olmaması gerekir. Ancak, hekimle hasta arasında hastanın tedavisi amacıyla daha önce bir vekalet sözleşmesinin yapıldığı bazı olaylarda da vekaletsiz iş görme olabilir. Öyle ki, hasta tedavi amacıyla hekime başvurmuştur. Yapılan muayene sonucunda hastanın ameliyat edilmesi gerektiği sonucuna varılmış ve bu da hasta tarafından kabul edilmiş ise, ancak, ameliyat sırasında ortaya çıkan bir takım komplikasyonlar neticesinde ameliyatın konusu değişmiş veya genişlemiş ise, ameliyat sırasında hastanın rızasına başvurulamamış olabilir. Dolayısıyla böyle bir durumda hekim ile hasta arasında hastanın tedavisine ilişkin bir vekalet sözleşmesi olsa da, genişleyen veya değişen ameliyat konuları bakımından her hangi bir vekalet ilişkisinden bahsetme imkanı yoktur. Şu halde, hekimin tedavi amacıyla kendisine başvurulmadığı veya başvurulmuş olmakla birlikte hastanın tedavisi için hastanın kabul ettiğinden daha başka tıbbi müdahalelerde bulunmanın acil olarak gerekli olduğu durumlarda, hekim ile hasta arasında bir vekalet ilişkisi yoktur. Bu nedenle, hekimin acil durumlarda hastaya müdahale ettiği haller bakımından vekaletsiz iş görmenin bu unsuru da gerçekleşmiştir.

Gerçek vekaletsiz iş görmenin son bir unsuru ise, iş görme iradesidir.¹⁵ Hekimin hastanın tedavisi amacıyla acil tıbbi müdahalelerde bulunduğu durumlarda ise, hekimin iş görme iradesinin olduğundan şüphe duyulmaması gerekir.

Sonuç olarak, hekimin hastanın sağlığının iyileştirilmesi için hastaya acil tıbbi müdahalede bulunduğu durumlarda hastayla tıbbi müdahalenin konusuna ilişkin daha önce aralarında herhangi bir vekalet ilişkisinin olmadığı hallerde hekimle hasta arasında gerçek vekaletsiz iş görme ilişkisinin bulunduğu kabul edilmesi gerekir. Öte yandan gerçek vekaletsiz iş görme de kendi içerisinde caiz olan ve caiz olmayan vekaletsiz iş görme olarak ikiye ayrılır.

¹⁴ Huguenin, Nr. 618; ZürcherKomm-Schmid, Art. 419, Nr. 63 vd.; Tandoğan, s. 679; Zevkliler, s. 352, Yavuz, s. 730.

¹⁵ Huguenin, Nr. 621; ZürcherKomm-Schmid, Art. 419, Nr. 21 vd.; Tandoğan, s. 680; Zevkliler, s. 351, Yavuz, s. 729.

Caiz olan vekaletsiz iş görmede iş sahibinin menfaatine uygun olarak girilen bir iş görme söz konusudur. Ayrıca, bu tür bir iş görmenin BK'nun 411/III hükmüne göre, iş sahibinin geçerli (yani, kanuna ve ahlaka uygun) bir yasaklamasına aykırılık oluşturmaması gerekir.¹⁶ İş görmenin ve bu anlamda hekimin hastaya acil tıbbi müdahalede bulunduğu durumların ne zaman hastanın menfaatine olduğunun takdirinde ise somut olayın özelliklerine dikkat etmek gerekir. Bu konunun takdirinde bir yandan iş sahibinin varsayımına dayalı iradesinin diğer yandan da somut olayın şartları altında dürüst, ortalama ve makul bir hekimin bakış açısı esas alınmalıdır. Ancak bunun için tıbbi müdahalenin vazgeçilmez nitelikte olduğunun kabul edilmesine gerek yoktur; yararlı olması yeterlidir.¹⁷ Bu anlamda olmak üzere, örneğin tesadüfen kaza yerinden geçmekte iken veya ameliyat esnasında ameliyat konusunun değişmesine veya genişlemesine neden olan bir durumun ortaya çıkması nedeniyle hastaya tıbbi müdahalede bulunulduğu durumlarda hekimin hastaya tıbbi müdahalesi bakımından bu anlamda caiz olan bir vekaletsiz iş görme olarak kabul edilmelidir. Kaldı ki böyle bir müdahalenin caiz bir vekaletsiz iş görme olarak nitelendirilebilmesi için, müdahalenin acil olmasına da gerek yoktur. Hasta böyle bir müdahaleyi açıkça yasaklamadığı sürece, yapılan müdahalenin tedavi amaçlı olması yeterli görülmelidir.

İş görenin iş sahibinin menfaatine hizmet etmek iradesiyle hareket ettiği ve ancak gerçekte böyle bir işin yapılmasının gerekmediği yada BK'nun 411/III hükmüne göre iş sahibinin işin yapılmasını geçerli bir şekilde yasakladığı durumlarda ise, gerçek ancak caiz olmayan bir vekaletsiz iş görme söz konusudur.¹⁸ Hekimin hastaya tıbbi müdahalede bulunmasına karşın aralarında her hangi bir vekalet ilişkisi yoksa ve böyle bir müdahale de hastanın varsayımına dayalı iradesi veya dürüst, ortalama ve makul bir hekimin bakış açısı dikkate alındığında hastaya müdahale gerekmiyorsa, gerçek ancak caiz olmayan vekaletsiz iş görme söz konusu olur. Örneğin hekimin iradesi hastaya acil tıbbi müdahalede bulunulması yönünde olmasına karşın uyguladığı tedavi yöntemi hastanın ihtiyaç duyduğu tedavi yöntemi değilse, bu durumda caiz olmayan bir vekaletsiz iş görme söz konusu olur. Bunun yanında hasta, hekimin kendisine tıbbi müdahalede bulunulmasını yasaklamış ve bu yasaklaması da kanuna ve ahlaka aykırılık oluşturmuyor ise, yine caiz olmayan vekaletsiz iş görme söz konusu olur.

¹⁶ İş sahibinin geçerli bir müdahale yasağını açıklamasına rağmen işin görülmesi söz konusu ise, caiz olmayan vekaletsiz iş görme söz konusu olur. Bkz., **Huguenin**, Nr. 625; **Tandoğan**, s. 676.

¹⁷ Bkz., **Huguenin**, Nr. 625; **Tandoğan**, s. 676.

¹⁸ Bkz., **Huguenin**, Nr. 636; **Tandoğan**, s. 677.

3. Acil Durumlarda Tıbbi Müdahalede Bulunan Hekimin Vekaletsiz İş Görme Hükümlerine Göre Borçları

Borçlar Kanunu'nun 410. maddesine göre, vekaletsiz iş gören kimse, gördüğü işi iş sahibinin gerçek veya varsayıma dayalı amacına uygun bir şekilde yerine getirme yükümlülüğü altındadır.¹⁹ Vekaletsiz olarak tıbbi müdahalede bulunan hekim de hastanın gerçek veya varsayıma dayalı amacına uygun bir şekilde onu tedavi etmesi gerekir. Ayrıca, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 2 ve 14. maddelerine göre, hekim gerek hastalığın teşhisinde gerekse tıbbi müdahale boyunca özen borcu altındadır.²⁰ Bu kapsamda, başladığı işi bitirmekle de yükümlüdür.²¹ Bundan başka, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 4. maddesinde hekimin sır saklama borcuna²² işaret edilmektedir.²³

4. Acil Durumlarda Tıbbi Müdahalede Bulunan Hekimin Vekaletsiz İş Görme Hükümlerine Göre Hukuki Sorumluluğu

A. Sorumluluğun Şartları

Vekaletsiz olarak iş gören kimse, BK'nun 411. maddesine göre, her türlü ihmâl ve ihtiyatsızlıktan sorumludur. Bu kapsamda, vekaletsiz olarak acil tıbbi müdahalede bulunan hekim de, esas itibariyle her türlü ihmâlden sorumludur.²⁴ Vekaletsiz iş gören hekimin hukuki sorumluluğunun şartları ise, vekaletsiz olarak tıbbi müdahalede bulunulmasının caiz olup olmamasına göre farklı hükümlere tabidir.

¹⁹ Huguenin, Nr. 633.

²⁰ Hekimin vekalet sözleşmesi gereğince tıbbi müdahalede bulunduğu durumlarda ise özen borcu, aynı zamanda BK'nun 386. maddesinin de bir gereğidir. Öyle ki, söz konusu kanun hükmüne göre vekil müvekkile karşı vekaleti iyi bir surette ifa ile mükelleftir (BK m. 390/II). Madde hükmünde geçen "iyi bir surette ifa" deyimini, vekilin özen borcuna işaret etmektedir. Bkz., Ayan, s. 88; Hatırnaz, s. 72 vd.; Bu konuda vekil olan hekimin özen borcunun bulunduğu hakkında Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin: "...müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören doktor olan vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihmâm ve dikkat gösterilmesini beklemek hakkına sahiptir..." şeklindeki 01.12.2005 tarih ve 2005/11653 esas, 2005/7791 sayılı kararı için bkz., Yılmaz, s. 49.

²¹ Bkz., Tandoğan, s. 681; Zevkliler, s. 352; Yavuz, s. 730; Yılmaz, s.50.

²² Büyükkay, s. 383-392.

²³ Hekimin sır saklama borcunun olması, aynı zamanda Anayasa'nın 17. maddesinin, Medeni Kanun'un 24. maddesinin ve Türk Ceza Kanunu'nun 198. maddesinin de bir gereğidir. Bkz., Yılmaz, s. 43.

²⁴ Ayan, s. 113.

a- Caiz Bir Şekilde Vekaletsiz Olarak Acil Tıbbi Müdahalede Bulunan Hekimin Sorumluluğunun Şartları

Caiz olan vekaletsiz iş görme, hukuki işlem benzeri (ve özellikle sözleşme benzeri) bir fiil niteliğindedir.²⁵ Bu bakımdan, vekaletsiz iş görmeden doğan sorumluluk, sözleşmeden doğan sorumluluğu düzenleyen BK'nun 96 vd. maddelerine göre belirlenecektir. Şu halde vekaletsiz acil tıbbi müdahalede bulunan hekim, tıbbi vekalet sözleşmesine benzer yükümlülüklerini ihlal ederse, esas itibarıyla BK m. 96 hükmü gereğince sorumlu olacaktır.²⁶

BK'nun 96. maddesi hükmüne göre, alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifade edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, bundan mütevellit zararın tazminine mecburdur. Bu kapsamda vekaletsiz olarak acil tıbbi müdahalede bulunan hekimin sorumlu tutulabilmesi için, vekaletsiz iş görmeden doğan bir borcun ihlali, kusur, zarar ve illiyet bağının olması gerekir.

Hekimin vekaletsiz olarak acil tıbbi müdahaleden kaynaklanan borçları, yukarıda kısaca açıklanmıştır.²⁷ Söz konusu borçlardan dolayı BK'nun 96. maddesi anlamında hekimin hukuki sorumluluğuna gidilebilmesi için, hekimin bu yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi gerekir. Ayrıca, yükümlülüklerine aykırı hareket etmesinden dolayı hekimin kusurlu kabul edilmesi gerekir. Ancak BK'nun 96. maddesi, kusurun olmadığına ispatını da borçluya yüklemektedir. Bu bakımdan, vekaletsiz olarak acil tıbbi müdahaleden dolayı hekimin sorumlu tutulabilmesi için, hekimin, tıbbi müdahaleden kaynaklanan bir borcunu kusurlu olarak ihlal etmiş olması gerekir. Kusurun bulunmadığını ise, bizzat hekimin kendisi ispatlamalıdır.²⁸

Vekaletsiz olarak acil tıbbi müdahalede bulunan hekimin kusurlu kabul edilmesini gerektiren durumların başında, diğer borca aykırılık durumları yanında, özellikle ihmalin bir türü olarak, tıbbi müdahalenin özensiz ifası gelir.²⁹ Bu bakımdan, acil durumlarda vekaletsiz olarak tıbbi müdahalede

²⁵ Bkz., **Huguenin**, Nr. 627; **Tandoğan**, s. 676.

²⁶ Bkz., **Huguenin**, Nr. 634.

²⁷ Bkz., yuk. 3. Acil Durumlarda Tıbbi Müdahalede Bulunan Hekimin Vekaletsiz İş Görme Hükümlerine Göre Borçları

²⁸ **Yılmaz**, s. 13 vd.

²⁹ Bkz., **Ayan**, s. 113; **Gümüş**, s. 45, 104; **Demir**, s. 155. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin: "...Doktorun davranışlarında kusur, kendisinden beklenen gerekli özeni (dikkat ihtimam) ve sadakat borcunu eksik veya hiç yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkar..." şeklindeki 14.03.1983 tarih ve 1982/7237 esas, 1983/1783 sayılı kara için bkz., **Savaş**,

bulunan hekimin kusurlu kabul edilmemesi ve böylelikle sorumluluktan kurtulabilmesi için, işin görülmesi sırasında hekimin her türlü özeni göstermesi gerekir.³⁰ Bunun için, vekaletsiz olarak iş gören hekimin tedavi sırasında tedaviyle amaçlanan sonucun gerçekleşmesi amacıyla hayat deneyimlerine ve işlerin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı bir tedavi sonucunu engelleyecek davranışlardan kaçınması gerekir.³¹

Vekaletsiz olarak acil tıbbi müdahalede bulunan hekimin göstermesi gereken özenin ölçüsü konusunda, vekalet sözleşmesine ilişkin BK'nun 390. maddesinin ikinci fıkrası, kıyasen uygulanabilir.³² Gerçi söz konusu kanun hükmünde vekilin göstermesi gereken özenin ölçüsü açıklanmamıştır. Ancak bu kanun maddesinin birinci fıkrasında vekilin sorumluluğunun işçinin sorumluluğuna ait hükümlere tabi olduğu belirtilmektedir. İşçinin sorumluluğunu düzenleyen BK'nun 321. maddesinde gösterilmesi gereken özenin ölçüsü konusunda biri sübjektif diğeri ise objektif iki kriter bulunmaktadır. Objektif kıstas bakımından, sözleşmeye uygun olarak görülecek işin çeşidi, güçlüğü ve gerektirdiği öğrenim ve bilgi derecesi göz önünde bulundurulur. Sübjektif ölçüye göre ise, işçinin iş sahibince bilinen veya bilinmesi gereken bilgi derecesi, yetenekleri ve diğer niteliklerinin hesaba katılması gerekir.³³ Ancak, doktrinde, hekimin epeyce uzun süreli bir eğitim ve sınavlar sonucunda alınan diploma ile devletçe verilmiş ruhsatnameye dayalı olarak faaliyet gösterdiği için, kural olarak, sübjektif kıstasa dayanılmayacağı ve hekimin sorumluluğunun objektifleştirilmiş olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, hekim, kendi sübjektif durumundan bağımsız olarak, mensup olduğu ihtisas alanına dahil "ortalama düzeydeki bir hekimin aynı hal ve şartlar

s. 191 (Sağlık Hukuku Kurultayı). İşin özensiz ifası, tıbbi meslek hatası olarak da anılmaktadır. Bkz., **Demir**, s. 155.

³⁰ Bkz., **Huguenin**, Nr. 634; **Tandoğan**, s. 681; **Ayan**, s. 113; **Gümüş**, s. 104; **Yılmaz**, s. 45 vd.; **Hancı**, s. 157. Hekimin özen borcu altında olduğu, yukarıda da ifade edildiği üzere, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 2 ve 14. maddelerinde de belirtilmektedir.

³¹ Bkz., **Ayan**, s. 88; **Gümüş**, s. 104.

³² Bu hüküm, acil tıbbi müdahale durumlarında hastanın daha sonradan hekimin tıbbi müdahalede bulunmasını onaylaması durumunda ise, doğrudan uygulanır; çünkü BK'nun 415. maddesine göre, vekaletsiz olarak iş gören kimseye işi görülen kişi sonradan onay verirse, aralarında vekalet sözleşmesi kurulmuş olur.

³³ Bkz., **Ayan**, s. 88 vd.; **Başpınar**, s. 127 vd.; **Gümüş**, s. 297 vd.; **Yılmaz**, s. 45.

altında göstereceği özeni” göstermekle yükümlüdür.³⁴ Aynı durum vekaletsiz olarak iş gören hekim için de geçerlidir. Buna göre, vekaletsiz olarak iş gören hekim, gerek teşhisi koyup bu teşhise uygun tedavi yöntemini seçerken, gerek seçilen tedavi yöntemini uygularken ve diğer tüm yükümlülüklerini yerine getirirken, aynı ihtisas alanındaki ortalama vekilin benzer şartlar altında göstermesi gereken özenli davranışı göstermesi gerekir. Bu bağlamda vekaletsiz iş gören hekimin genellikle kabul edilen ve tıp biliminin uygulanmasında artık mutad usul halini almış olan ilkelerini bilmesi ve sanatının kurallarına göre doğru teşhisi koyup bu teşhise uygun her türlü ihtiyat tedbirini alarak acil durumdaki hastaya müdahale etmesi gerekir.³⁵ Bu konuda, hekimin uzmanlığı arttıkça kendisinden beklenen özenin ölçüsü de artacaktır. Ayrıca, hekimin yaptığı acil tıbbi müdahalenin tehlikeliliği veya riski arttıkça, kendisinden beklenen özenin ölçüsü de artacaktır.³⁶ Bunlara aykırı hareket eden, özellikle de tıp bilimi ve uygulaması tarafından genel olarak tanınıp kabul edilmiş bir kuralı çiğneyen hekim, özen borcuna aykırı hareket etmiş ve dolayısıyla kusurlu kabul edilecektir.

Doktrinde, caiz vekaletsiz iş gören kimselerin, işin kendisi için yarar sağlamadığını ileri sürmek suretiyle olsa dahi, sorumluluğun hafifletilmesini talep edemeyeceği kabul edilmektedir.³⁷ Buna karşın yine doktrinde, işi görülenin ve bu arada da hastanın sağlığını tehdit eden acil durumlarda, BK m. 411/II hükmüne göre, ki bu düzenleme vekaletsiz iş görenin gördüğü işi iş sahibinin maruz bulunduğu zararı bertaraf etmek için yapmış olması halinde sorumluluğunun hafifletileceğini öngörmektedir, caiz vekaletsiz iş gören hekimlerin de sorumluluğunun hafifletilebileceği savunulmaktadır.³⁸

³⁴ Bkz., **Tandoğan**, s. 682; **Ayan**, s. 89; **Şenocak**, s. 21; **Akıncı**, s. 23; **Gümüş**, s. 314; **Demir**, s. 156; **Yılmaz**, s. 45. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin: "...Kusurun saptanmasına objektif ölçü esas alınır. Diğer bir ifade ile ölçü; objektif olarak mesleğin gereklerini bilmek ve uygulamaktır..." şeklindeki 14.03.1983 tarih ve 1982/7237 esas, 1983/1783 sayılı kara için bkz., **Savaş**, s. 191 (Sağlık Hukuku Kurultayı).

³⁵ Bkz., **Ayan**, s. 89; **Gümüş**, s. 104; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin : " Vekil (hekim), iş görürken yöneldiği sonucun elde edilememesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur..." şeklindeki 07.02.2005 Tarih ve 2004/13012 Esas, 2005/1711 sayılı kararı için bkz., **Savaş**, s. 189 (Sağlık Hukuku Kurultayı).

³⁶ Bkz., **Ayan**, s. 90.

³⁷ Bkz., **Tandoğan**, s. 682; **Zevkliler**, s. 353.

³⁸ Bkz., **Huguenin**, Nr. 635; **ZürcherKomm-Schmid**, Art. 420, Nr. 31 vd; **Tandoğan**, s. 682; **Şenocak**, s. 106.

Kanaatimize göre acil tıbbi müdahaleler, tüm tıbbi müdahaleler gibi, kişilik haklarının ve onun en önemlilerinden olan beden tamlığı, sağlık hakkı ve hatta yaşama hakkının ihlali niteliği taşır.³⁹ Hekim tarafından yapılan müdahaleyi hukuka uygun hale getiren ise, ya hastanın hukuken geçerli bir rızası⁴⁰ ya da acil tıbbi müdahalenin olması⁴¹ durumlarıdır.⁴² Kişinin kişilik haklarına tıbbi müdahale edilmesine rıza gösterdiği durumlarda nasıl ki hekimin kusuru hafifletilemiyor ise⁴³, kişinin kendisinin rıza gösterme imka-

³⁹ Bkz., **Dural/Öğüz**, s. 98.

⁴⁰ Bu istisna, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin (bkz., 1 Ağustos 1998 gün ve 23420 sayılı Resmi Gazete) 22 ve 24. maddesinde açıkça belirtilmektedir. Ayrıca bu yönetmelikte, hastanın tıbbi müdahaleye izin veya onay vermesi için gerekli olan şartlar da belirtilmektedir. Bu konuda Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin: "...Sağlık ve yaşama haklarının da bir sınırı bulunmaktadır, kişi ancak tedavi olmak, bir hastalığı önlemek için rızasını verebilir. Kişiler kendi vücutları üzerinde ayrı durumlardan hariç ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve tehlikelere karşı yine kendisi karar verebilir... Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir..." şeklindeki 07.03.1977 tarih ve 1976/629 esas, 1977/2541 sayılı karar için bkz., **Savaş**, s. 193 (Sağlık Hukuku Kurultayı). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., **Deryal**, s. 1 vd.

⁴¹ Bu istisna ise, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 76. maddesinde ifade edilmektedir. Bunun yanında, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 22. maddesinde, kanunda gösterilen haller dışında, kimsenin rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayacak şekilde tıbbi müdahaleye tabi tutulamayacağı belirtildikten sonra, kanuni temsilci veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına gerekse izin şartının aranmayacağı ifade edilmektedir. **Dural/Öğüz**, bu kuralın sadece küçük ve kısıtlılar için değil, acil tıbbi müdahaleye rıza gösteremeyecek durumda bulunan herkes (örneğin sürekli veya geçici olarak ayırt etme gücünden yoksun olanlara da) uygulanması gerektiği görüşündedir. Bkz., **Dural/Öğüz**, s. 99.

⁴² **Dural/Öğüz**, s. 98 vd.

⁴³ Gerçi bu konu doktrinde tartışmalıdır. Özellikle, **Tandoğan** (bkz., s. 419) ve **Şenocak** (bkz., s. 87), vekalet sözleşmesi gereğince tıbbi müdahalede bulunan hekimin sorumluluğunun hafifletilmesi gerektiğini kabul ederken, **Gümüş** (bkz., s. 333), vekilin sorumluluğunun BK'nun 390. maddesinin yaptığı atıfla işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabi olduğu, işçinin sorumluluğunu düzenleyen BK'nun 321. maddesinde ise işçinin hafif kusurundan bile sorumlu olduğunu ve dolayısıyla vekil olan hekimin de her türlü kusurundan sorumlu tutulması gerektiği görüşündedir. Kanaatimize göre ikinci görüş daha isabetlidir. Ayrıca belirtmek de gerekir ki, hizmet sözleşmesine göre özel hastanede

nından dahi çoğu zaman yoksun olduğu acil tıbbi müdahale durumlarında da hekimin sorumluluğunun hafifletilmesi yoluna gidilememesi gerekir. Vekalet sözleşmesine göre hekim, hafif kusurundan dahi sorumlu tutulurken vekaletsiz iş gören hekimin sorumluluğunun azaltılmasını gerektirecek her hangi bir haklı neden de yoktur.⁴⁴ Gerçi, doktrinde özellikle acil tıbbi müdahale durumlarında hekimin her türlü kusurundan sorumlu tutulması yoluna gidilirse, bu durumun hastanın sağlığının büyük tehlikede olduğu durumlarda, acil ve zorunlu tıbbi müdahale yapma konusunda hekimleri çekingenliğe itebileceği yorumu yapılmaktadır.⁴⁵ Böyle bir yorum bir yere kadar haklı olabilir. Ancak gözden kaçırılmaması gerekir ki, hekimin hastaya bakma konusunda çekingenliğinin olup olmayacağı veya hekimin bu konuda nasıl yöreklendirileceği, hukuk alanı dışında belki psikoloji biliminin alanındadır. Hekimin tıbbi müdahalede bulunurken hukuk bilimi bakımından önemli olan ise, hekimin sorumluluğuna yol açacak şekilde kusurlu kabul edilip edilemeyeceğidir. Yoksa burada tartışılması gereken, hekimin çekingenliğini üstünden atması veya onun cesaretlendirilmesi için ne yapılması gerektiği değildir. Bu konuda, olsa olsa hekimin içerisinde bulunduğu ve hemen teşhis veya tedaviye karar vermesinin gerektiği acil ve zor şartlar altında sorumlu tutulup tutulamayacağı değerlendirme konusu yapılabilir. Sorumlu ve bu kapsamda kusurlu kabul edilip edilmediğinin tespitinde ise, diğer borca aykırılık durumları yanında, yukarıda da ifade edildiği üzere, özen borcuna aykırı hareket edip etmediği tespit edilmelidir. Acil tıbbi müdahalede bulunan bir hekimden teşhis ve tedavi için ise, “geniş bir zaman dilimine sahip” aynı ihtisas alanındaki ortalama vekilin göstermesi gereken özenli davranışı gösterip göstermediği denetlenmeyecektir. Acil tıbbi müdahale durumlarında vekaletsiz iş gören hekimin, aynı ihtisas alanındaki ortalama bir hekimin

çalışan bir doktor, sorumluluk bakımından BK'nun 321. maddesi gereğince hafif kusurundan dahi sorumlu tutulacaktır. Aynı yönde: **Yılmaz**, s. 99. Hizmet sözleşmesine göre işverene bağlı olarak çalışan hekimin hukuki sorumluluğu karşısında, vekil olarak bağımsız çalışan hekimin sorumluluğunun hafifletilmesi için ise, hiçbir haklı neden gözükmemektedir. Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır. Öyle ki, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin: “... Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK. 321/1 md.). O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafifte olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir...” şeklindeki 08.07.2005 tarih ve 2005/3645 esas, 2005/11796 sayılı karar için bkz., **Savaş**, s. 190 (Sağlık Hukuku Kurultayı). Aynı yönde: Y. 13. Hukuk Dairesi'nin 15.10.2002 tarih ve 2002/7925 esas, 2002/10687 sayılı kararı için bkz., **Yılmaz**, s. 99.

⁴⁴ **Ayan**, s. 114.

⁴⁵ Bkz., **Tandoğan**, s. 682; **Sütlaş**, bkz., <http://www.hastahaklari.org/kotuyg-sig.htm>

“benzer şartlar altında” göstermesi gereken özenli davranışı gösterip göstermediği kontrol edilecektir. Göstermesi gerekli olan özenli davranışa aykırı hareket etmesi durumunda ise hekim, BK’nun 411. maddesinin birinci fıkrası gereğince, hafif de olsa her türlü kusurundan sorumludur.⁴⁶ Buna karşın bilinen ve mümkün bütün tedbirleri uygulayan, somut olayın gerekli kıldığı bütün dikkat ve özeni gösteren hekim, tedavinin başarısızlığından sorumlu tutulamayacaktır.⁴⁷

Caiz bir şekilde vekaletsiz olarak acil tıbbi müdahalede bulunan hekimin BK’nun 96. maddesi gereğince sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan bir üçüncü şart ise, maddi veya manevi bir zararın ortaya çıkmasıdır.⁴⁸ Ortaya çıkan bu zarar hekimin kusurlu acil tıbbi müdahalede bulunmasının sonucu olarak gerçekleşmişse, bundan dolayı hekimin hukuki sorumluluğu gündeme gelecektir.⁴⁹

b- Caiz Olmayan Bir Şekilde Vekaletsiz Olarak Acil Tıbbi Müdahalede Bulunan Hekimin Sorumluluğunun Şartları

Tıbbi müdahale, acil nitelikte olsa bile, hastanın varsayıma dayalı iradesi veya dürüst, ortalama ve makul bir hekimin bakış açısı dikkate alındığında hastaya müdahale gerekmiyorsa yada hasta müdahaleyi açıkça yasaklamış ise, yukarıda da açıklandığı üzere, caiz olmayan bir şekilde vekaletsiz iş görme söz konusudur. Bu şartlar altında hekimin acil tıbbi müdahalesi, kişilik haklarına aykırılık oluşturur.⁵⁰ Bu bakımdan, vekaletsiz olarak caiz olmayan bir şekilde acil tıbbi müdahalede bulunmalar, hukuka aykırı bir fiil

⁴⁶ Bu konuda **Ayan**’ın açıklamalarını (bkz., s. 114) son derece isabetli buluyoruz. Öyle ki, yazara göre: “...vekaletsiz iş gören hekim için Borçlar Kanununun 411. maddesinin ikinci fıkrası uygulanmamalıdır. Zira, hekim hangi hukuki esasa dayalı olarak faaliyette bulunursa bulunsun, somut olayın özelliklerine göre ortalama bir hekimin aynı hal ve şartlar altında göstereceği özeni göstermekle yükümlüdür. Salt olayın ivediliği, aynı tip olaylarda gösterilmesi gerekli özenin hafifletilmesi için haklı bir sebep oluşturmaz. İnsan hayatı ve sağlığı üzerinde faaliyet icra eden hekimin, her hal ve şart altında özenli hareket etmesi asıldır...”. Aynı yönde: **Öztürkler**, s. 174; **Yılmaz**, s. 113; **Çeker**, bkz., <http://www.adalet.org/makale/xysbekran.php?idno=165&id2=413>

⁴⁷ **Hancı**, s. 157; Y. 13. Hukuk Dairesi’nin 01.12.2005 tarih ve 2005/11653 esas, 2005/7791 sayılı kararı için bkz., **Yılmaz**, s. 49.

⁴⁸ Maddi ve manevi zarar olarak nelerin olabileceği hakkında bkz., hemen aşağıda, 4. B. Sorumluluğun Hukuki Sonucu.

⁴⁹ Bkz., **Ayan**, s. 113; **Şenocak**, s. 105 vd.; **Yılmaz**, s. 113; **Hancı**, s. 143.

⁵⁰ **Ayan**, s. 116.

niteliğindedir.⁵¹ Hekimin caiz olmayan bir şekilde yaptığı hukuka aykırı böyle bir tıbbi müdahale sonucunda hastada maddi veya manevi bir zarar meydana gelmiş olabilir. Bu şartlar altında zararın meydana gelmesinde hekim kusurluysa⁵², hastaya karşı haksız fiile ilişkin BK'nun 41 vd. hükümlerine göre sorumlu olur.⁵³ Ancak, hastanın tıbbi müdahaleyi yasakladığı durumlarda bu yasaklama hukuka ve ahlaka aykırı ise, artık vekaletsiz iş gören hekimin sorumluluğu, caiz olan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre tayin edilir.⁵⁴ Hekimin sorumluluğu için, vekaletsiz olarak tıbbi müdahalede bulunmanın caiz olmadığı, hekimin kusurlu olduğunun ve bir zararın ortaya çıktığının ve bunun miktarının ispatı gerekir. Buna ilişkin ispat yükü, hastaya aittir.⁵⁵

Öte yandan, caiz olmayan bir şekilde tıbbi müdahalede bulunan hekimin sorumluluğu, caiz olan vekaletsiz iş gören hekimin sorumluluğundan çok daha ağırdır. Öyle ki hekim, bu tür vekaletsiz iş görmelerde, BK'nun 411/III hükmü gereğince kazadan dahi sorumlu tutulur.⁵⁶ Bununla birlikte hekim, tıbbi müdahalede bulunmasaydı bile kazanın meydana geleceğini yada illiyet bağının kesildiğini ispatlarsa sorumluluktan kurtulabilmelidir.⁵⁷

c- Acil Tıbbi Müdahalede Bulunan Hekimin Yardımcı Personelin ve Alt Hekimlerin Fiillerinden Dolayı Sorumlu Tutulmalarının Şartları

Vekaletsiz olarak acil tıbbi müdahalede bulunan hekimin yardımcı şahıslardan dolayı sorumluluğu, acil tıbbi müdahalede bulunmanın caiz olup olmamasına göre farklı hükümlere tabidir.

Caiz bir şekilde acil tıbbi müdahalede bulunan hekimler, tedavi ve tıbbi müdahale sırasında yardımcı sağlık personeli kullanmış olabilirler. Bu durumda vekaletsiz olarak acil tıbbi müdahalede bulunan hekimlerin yardımcı şahısların fiillerinden dolayı sorumluluğu gündeme gelir. Caiz vekaletsiz iş

⁵¹ Huguenin, Nr. 637; Tandoğan, s. 677.

⁵² Mahiyeti bakımından hekimin caiz olan tıbbi müdahaledeki kusuru ile caiz olmayan bir şekilde tıbbi müdahalede bulunmasındaki kusuru arasında fark yoktur. Bkz., Ayan, s. 117.

⁵³ Bkz., Huguenin, Nr. 640.

⁵⁴ Bkz., Ayan, s. 115.

⁵⁵ Bkz., Ayan, s. 118 vd, 121.

⁵⁶ Huguenin, Nr. 640; ZürcherKomm-Schmid, Art. 423, Nr. 154 vd.; Şenocak, s. 106; Öztürkler, s. 174; Yılmaz, s. 114.

⁵⁷ Bkz., Tandoğan, s. 682; Zevkililer, s. 353; Ayan, s. 115; Çeker, bkz., <http://www.adalet.org/makale/xysbekran.php?idno=165&id2=413>

görmeler, yukarıda ifade edildiği üzere, hukuki işlem benzeridir. Bu nedenle caiz bir şekilde acil tıbbi müdahalede bulunan hekimler, kullandıkları yardımcı sağlık personelinin fiillerinden dolayı, BK'nun 100. maddesi gereğince kusursuz olarak sorumludur.⁵⁸ Bu halde hekimlerin, yardımcı personelin fiilinden dolayı sorumluluktan kurtuluş kanıtı getirme imkanları da yoktur. Ancak hekim, kendisi yardımcı personelin yerine geçip o somut davranışta bulunduğu yine de kusurlu sayılmayacağını kanıtlarsa, sorumluluktan kurtulabilir. Ayrıca vekaletsiz acil tıbbi müdahalede bulunan hekim tedavi sırasında bir başka hekimden alt hekimlik kapsamında yararlanmışsa, BK'nun 391/II hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle, alt hekimin fiillerinden de hastaya karşı sorumlu olur.⁵⁹ Bunun dışında alt hekimle hasta arasında da vekaletsiz iş görme ilişkisi vardır.

Caiz olmayan vekaletsiz iş görme, hukuka aykırı fiil niteliğindedir. Bu bakımdan, caiz olmayan bir surette acil tıbbi müdahalede bulunan hekimler, yardımcı şahıslarının vermiş olduğu zararlardan dolayı, caiz olarak vekaletsiz iş görenlerden farklı olarak, BK'nun 55. maddesine göre kusursuz olarak sorumlu olurlar.⁶⁰ Bununla birlikte, caiz olmayan bir şekilde acil tıbbi müdahalede bulunan hekim, durumun gerekli kıldığı her türlü özeni göstermiş olsaydı bile somut olayda yardımcı sağlık personelinin neden olduğu zararın meydana gelebileceğini ispatlarsa, sorumluluktan kurtulur (BK m. 55/I).

B. Sorumluluğun Hukuki Sonucu

Hekimin hukuki sorumluluğunun sonucu, esas itibariyle belirli miktarda bir tazminatın ödenmesi şeklindedir.⁶¹ Bu anlamda olmak üzere, caiz veya caiz olmayan bir şekilde hastaya tıbbi müdahalede bulunan hekimin sorumluluğunun şartlarının gerçekleşmiş olması durumunda, hekim, BK'nun 411. maddesinin birinci fıkrası gereğince hastanın her türlü maddi ve manevi zararlarını tazmin etmesi gerekir.⁶² Bu noktada caiz olarak vekaletsiz iş gö-

⁵⁸ Bkz., **Huguenin**, Nr. 627; **ZürcherKomm-Schmid**, Art. 429, Nr. 17 vd.; **Şenocak**, s. 97; **Demir**, s. 157; **Yılmaz**, s. 106.

⁵⁹ **Demir**, s. 157.

⁶⁰ Bkz., **Huguenin**, Nr. 641; **Yılmaz**, s. 106.

⁶¹ **Ayan**, s. 121; **Demir**, s. 159; **Savaş**, s. 300.

⁶² Bkz., **Ayan**, s. 113; **Şenocak**, s. 105 vd. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin: "... özen borcunu yerine getirmeyen doktorun ve hastanenin zararın tümünden sorumlu tutulması gerektiği..." şeklindeki 08.07.2005 tarih ve 2005/3645 esas, 2005/11796 sayılı karar için ve ayrıca Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin: "...doktorun...kusurlu olduklarının kabulü ile, ... talep doğrultusunda maddi tazminata ve uygun bir manevi tazminata karar verilmesi

ren hekim ile caiz olmayan bir şekilde vekaletsiz iş gören hekimin ortaya çıkan zarardan sorumluluğu bakımından esas itibariyle her hangi bir fark yoktur.⁶³ Maddi tazminatın kapsamına hastanın yapmak zorunda kaldığı tedavi masrafları, çalışma gücünün kaybolmasından doğan zararlar, iktisadi geleceğinin kaybolmasından doğan zararlar girer. Ayrıca, hastanın ölümü halinde, geride kalan yakınları da BK'nun 45/II hükmü gereğince hekimden destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilirler.⁶⁴ Zararın tam miktarının ispat edilememesi durumunda ise, hakim BK'nun 98/II ve 42/II hükümlerine göre somut olayın özelliklerine göre hasta lehine hükmedilecek tazminatı takdir eder. Hastanın ortak kusurunun olduğu durumlarda ise, BK'nun 44. maddesine göre tazminattan indirim yapılması gerekir.⁶⁵

Vekaletsiz iş gören hekim kusurlu tıbbi müdahale sonucunda hastanın beden bütünlüğüne zarar vermişse, kural olarak hastaya manevi tazminat da ödemek zorundadır. Öte yandan, söz konusu müdahale hastanın ölümüne yol açmışsa, hekimin, hastanın geride kalanlarına da manevi tazminat ödemesi gerekir (BK m. 98/II, 47, 49, MK m. 25).⁶⁶

5. Acil Durumlarda Tıbbi Müdahalede Bulunan Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Hakları

Hekim, acil tıbbi müdahalede bulunmasının caiz sayıldığı gerçek vekaletsiz iş görmelerde, BK'nun 413/I hükmü gereğince, halin icabının yapılmasını haklı gösterdiği zaruri ve faydalı masraflarının ödenmesini isteyebilir.⁶⁷ Öte yandan, daha önce hastanesine gelen ve örneğin safra kesesi ameliyatı olmak üzere hekimle anlaşılan hastanın ameliyatı sırasında kanser olduğunun da anlaşılması durumunda, tıbbi tedavi amaçlı bu ameliyatı da yapmaya karar vermiş olabilir. Bu durumda hekim, bu alanda ihtisas sahibi bir hekimin ameliyata katılmasını sağlamış ise, diğer yardımcı sağlık personeli yanında ameliyata katılan bu hekime yaptığı ödemeleri ve bu amaçla ameliyatta kullanılan malzemelerin masraflarını da hastadan talep edebilir. Bu tür masraflar, tıbbi müdahale başarısız olsa bile, tıbbi müdahale için gerekli yöntemlere uyularak yapılmış ise, hastadan veya hastanın ölmesi halinde onun kanuni

gerekirken..." şeklindeki 05.02.1996 tarih ve 1996/268 esas, 1996/1025 sayılı kararı için bkz., Savaş, s. 190, 192 (Sağlık Hukuku Kurultayı).

63 Ayan, s. 120.

64 Ayan, s. 121; Yılmaz, s. 66 vd.; Savaş, s. 300; Hancı, s. 143 vd.; Hatırnaz, s. 118 vd.

65 Bkz., Ayan, s. 121 vd.; Öztürkler, s. 103; Yılmaz, s. 66.

66 Bkz., Ayan, s. 122 vd.; Aşçıoğlu, s. 101 vd.; Yılmaz, s. 68 vd.; Savaş, s. 300; Hancı, s. 145; Hatırnaz, s. 119.

67 Bkz., Huguenin, Nr. 629; Tandoğan, s. 682; Zevkililer, s. 352.

mirasçılardan talep edilebilir.⁶⁸ Ancak hekimin tüm bu durumlarda söz konusu zaruri ve faydalı masraflarını hastadan talep edebilmesi, hem söz konusu zaruri ve faydalı masrafların yapılmasında hem de hastanın tedavisinde BK'nun 413/II hükmü gereğince özenle hareket edilmiş olması halinde mümkündür; tedavide amaçlanan başarının elde edilmemiş olması ise, söz konusu taleplerin yerine getirilmesi bakımından şart değildir.⁶⁹

Vekaletsiz iş gören hekimin yukarıdaki talep haklarının yanında, caiz olan vekaletsiz iş görmede işi görenin iş görme nedeniyle iş sahibine iade ile yükümlü olduğu şeyler üzerinde iş görmeden doğan alacakları için hapis hakkı da vardır.⁷⁰ Ancak, hekimin yaptığı zaruri ve faydalı masraflar için hasta üzerinde her hangi bir hapis hakkı olamaz. Bunun dışında, caiz vekaletsiz iş gören hekimin yaptığı lüks ve fahiş surette pahalı masraflarını ise talep edemez.⁷¹ Bu anlamda olmak üzere, kalça çıkığı ameliyatı sırasında estetik amaçlı olarak hastanın yağları da alınmış ise, hekim bunun masraflarını hastadan isteyemez. Tüm bunların dışında caiz vekaletsiz iş görmelerde hasta, tıpkı vekalet veren gibi, hekimin acil tıbbi müdahale nedeniyle borçlandığı tüm yükümlülüklerden de kurtarılması gerekir (BK m. 413/I).

Acil tıbbi müdahale durumlarında caiz olarak vekaletsiz iş gören hekim, BK m. 413/I hükmü gereğince, acil tıbbi müdahalenin neden olduğu zararların tazminini de hastadan talep edebilir. Burada tazminatın haddinin en fazla ne kadar olacağını, MK m. 4 hükmüne göre, somut olayın tüm durumları, hukuk ve hakkaniyete dikkate alınarak hakim tarafından takdir edilir.⁷² Vekalet sözleşmesinden farklı olarak, zararın tazmini için hastanın kusurunun olması şart değildir.⁷³

Caiz vekaletsiz iş görenin yukarıdaki talep haklarına karşın, BK m. 410 vd. hükümlerinde vekaletsiz iş görenin ücret hakkından bahsedilmemektedir. Bu ise, öğretilerde haklı olarak eleştirilmekte ve BK m. 413 hükmündeki talep hakları genişletilmek suretiyle, vekaletsiz iş gören kimseye bir ücret hakkının tanınması gerektiği kabul edilmektedir.⁷⁴ Bu anlamda olmak üzere, BK m. 386/III hükmünün kıyasen uygulanması düşünülebilir. Öyle ki, nasıl ki vekil teamül varsa ücreti hak ediyorsa, caiz olarak vekaletsiz iş görenin de

⁶⁸ Bkz., **Tandoğan**, s. 682.

⁶⁹ Bkz., **Huguenin**, Nr. 628.

⁷⁰ Bkz., **Tandoğan**, s. 682; **Zevkliler**, s. 352.

⁷¹ **Huguenin**, Nr. 629.

⁷² Bkz., **Huguenin**, Nr. 631; **ZürcherKomm-Schmid**, Art. 422, Nr. 56.

⁷³ Bkz., **Huguenin**, Nr. 631; **ZürcherKomm-Schmid**, Art. 422, Nr. 57.

⁷⁴ Örneğin bkz., **Huguenin**, Nr. 632; **ZürcherKomm-Schmid**, Art. 422, Nr. 66 vd.

yaptığı işten ücret alınması ilgili iş çevresinde alışılmış bir durum ise, vekaletsiz olarak iş gören söz konusu kimse de yaptığı işe karşılık ücret talep edilebilmelidir.⁷⁵ Buradan hareketle, tedavi olmak üzere bir hekime başvuran hastanın tedavisinde alışılmış olarak ücret karşılığı yapılan tıbbi müdahale ve bakım ücretlerinin giderleri hastadan talep edilebilmelidir. Bu anlamda olmak üzere hekim, kaza geçirdiği için acilen polikliniğine getirilen hasta için alışılmış olarak ücret karşılığı yapılan tüm tıbbi müdahalelerin ve bunlarda kullanılan malzemelerin masraflarını hastadan talep edebilir.

Acil tıbbi müdahalede bulunmanın caiz olmadığı kabul edilen gerçek vekaletsiz iş görmelerde, işi görülen kimse, BK'nun 415. maddesine göre yapılan işe sonradan onay verebilir. Bu durumda taraflar arasında vekalet sözleşmesi kurulmuş olur. Böyle bir onayın verilmemesi halinde ise caiz olmayan bir şekilde vekaletsiz iş gören kimsenin, sadece sebepsiz zenginleşmeye ilişkin BK'nun 61 vd. hükümlerine göre talep hakları söz konusu olabilir.⁷⁶ Bu bakımdan, caiz olmayan bir şekilde vekaletsiz iş görmek suretiyle tıbbi müdahalede bulunan hekim, hastaya yapılan müdahaleye sonradan onay vermediği sürece, hastanın tedavisi nedeniyle sağladığı yararlar oranında giderlerin ve ücretin ödenmesini talep edebilir. Ancak bu talepler, hastanın elde ettiği yararın ekonomik değeri ile sınırlıdır.⁷⁷

Hekimin acil tıbbi müdahalede bulunmasının caiz sayıldığı durumlarda hastadan talep edebileceği hakları konusunda, BK'nun 126. maddesindeki 5 yıllık zamanaşımı süresi uygulanır. Acil tıbbi müdahalede bulunması caiz olmayan vekaletsiz iş görme niteliğinde ise, hekimin haklarını ise, BK'nun 60 ve 66. maddelerinin kıyasen uygulanması suretiyle bir yıllık kısa zamanaşımı süresine tabi kılmak gerekir.⁷⁸

6. Sonuç

Tıbbi müdahale, tıp bilimi ve uygulamasında yerleşmiş tedavi yöntemleridir. Tıbbi müdahaleyi hekimler, hastalar üzerinde icra ederler.

Hekim, çalıştığı devlet veya özel sağlık kuruluşunda yada kendi muayenehanesinde hastanın her hangi bir başvurusu olmaksızın, hastanın sağlığının daha da kötüleşmesi tehlikesine karşı, acil olarak hastaya tıbbi müdahalede bulunmak zorunda kalabilir. Bunun yanında, hekimin çalıştığı özel sağlık kuruluşu ile veya hekim ile tedavi olmak amacıyla başvuruda bulunan hasta arasında bir vekalet sözleşmesinin olduğu ve ancak tıbbi müdahale esnasında

⁷⁵ Huguenin, Nr. 632; ZürcherKomm-Schmid, Art. 422, Nr. 69 vd.

⁷⁶ Huguenin, Nr. 638 vd.

⁷⁷ Bkz., Tandoğan, s. 683; Zevkililer, s. 352.

⁷⁸ Bkz., Tandoğan, s. 683; Zevkililer, s. 353; Yavuz, s. 732.

ameliyat planının değişmesi veya genişlemesi söz konusu olabilir. Buna bağlı olarak da hekim, acil olarak vekalet sözleşmesinin kapsamı dışında hastaya daha başka tıbbi müdahalelerde bulunmuş olabilir. Bu tür müdahale durumlarında taraflar arasında vekaletsiz iş görme ilişkisi olduğu kabul edilmektedir. Öte yandan, bu tür tıbbi müdahaleler esas itibariyle hekimin hastayı tedavi etme iradesiyle yapıldı için, “gerçek” bir vekaletsiz iş görme niteliğindedir.

Vekaletsiz iş görme de kendi içerisinde caiz olan ve caiz olmayan vekaletsiz iş görme olarak ikiye ayrılır. Bu anlamda olmak üzere, örneğin tesadüfen kaza yerinden geçmekte iken veya ameliyat esnasında ameliyat konusunun değişmesine veya genişlemesine sebep olan bir durumun ortaya çıkması nedeniyle hastaya tıbbi müdahalede bulunulduğu durumlarda, hekimin hastaya tıbbi müdahalesi caiz olan bir vekaletsiz iş görme olarak kabul edilmelidir. Hekimin hastaya tıbbi müdahalede bulunmasına karşın aralarında herhangi bir vekalet ilişkisi yoksa ve böyle bir müdahale de hastanın varsayımına dayalı iradesi veya dürüst, ortalama ve makul bir hekimin bakış açısı dikkate alındığında hastaya tıbbi müdahalede bulunması gerekmiyorsa, gerçek ancak caiz olmayan vekaletsiz iş görme söz konusu olur.

Vekaletsiz olarak tıbbi müdahalede bulunmaktan dolayı tarafların borçları, sorumlulukları ve hakları vardır. Vekaletsiz olarak acil tıbbi müdahalede bulunan hekimin, hastanın gerçek veya varsayımına dayalı amacına uygun bir şekilde onun tedavi etmesi yükümlülüğü altındadır. Ayrıca hekim, gerek hastalığın teşhisinde gerekse tıbbi müdahale boyunca özen borcu ve sır saklama borcu altındadır.

Vekaletsiz iş gören hekimin hukuki sorumluluğunun şartları ise, vekaletsiz olarak tıbbi müdahalede bulunulmasının caiz olup olmamasına göre farklı hükümlere tabidir.

Caiz olan vekaletsiz iş görme, hukuki işlem benzeri (ve özellikle sözleşme benzeri) bir fiil niteliğindedir. Bu bakımdan, vekaletsiz iş görmeden doğan sorumluluk, sözleşmeden doğan sorumluluğu düzenleyen BK'nun 96 vd. maddesi hükümlerine göre belirlenecektir.

Vekaletsiz olarak caiz olmayan bir şekilde acil tıbbi müdahalede bulunmalar, hukuka aykırı bir fiil niteliğindedir. Hekimin caiz olmayan bir şekilde yaptığı hukuka aykırı böyle bir tıbbi müdahale sonucunda hastada maddi veya manevi bir zarar meydana gelmiş olabilir. Bu durumda zararın meydana gelmesinde hekim kusurluysa, hastaya karşı haksız fiile ilişkin BK'nun 41 vd. hükümlerine göre sorumlu olur.

Hekimin hukuki sorumluluğunun sonucu, esas itibariyle belirli miktarda bir tazminatın ödenmesi şeklindedir. Bu anlamda olmak üzere, caiz veya

caiz olmayan bir şekilde hastaya tıbbi müdahalede bulunan hekimin sorumluluğunun şartlarının gerçekleşmiş olması durumunda, hekim, BK'nun 411. maddesinin birinci fıkrası gereğince hastanın her türlü maddi ve manevi zararlarını tazmin etmesi gerekir.

Acil tıbbi müdahalede bulunan hekimin borçları ve buna bağlı olarak sorumluluğu yanında hakları da vardır. Hekim, acil tıbbi müdahalede bulunmasının caiz sayıldığı gerçek vekaletsiz iş görmelerde, halin icabının yapılmasını haklı gösterdiği zaruri ve faydalı masraflarının ödenmesini isteyebilir. Ancak caiz vekaletsiz iş gören hekim, yaptığı lüks ve fahiş surette pahalı masraflarını talep edemez.

Caiz olmayan bir şekilde vekaletsiz iş görmek suretiyle tıbbi müdahalede bulunan hekim ise -hasta yapılan müdahaleye sonradan onay vermediği sürece- hastanın tedavisi nedeniyle sağladığı yararlar oranında giderlerin ve ücretin ödenmesini sadece sebepsiz zenginleşmeye ilişkin BK'nun 61 vd. hükümlerine göre talep edebilir.

BİBLİYOGRAFYA

- Aşçıoğlu, Çetin:** Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993.
- Ayan, Mehmet:** Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.
- Başpınar, Veysel:** “Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu”, 2. baskı, Ankara 2004.
- Büyükkay, Yusuf:** Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, AÜEHFD, C. VIII, S. 1-2, Erzincan 2004.
- Çeker, Mustafa:** Tıbbî Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu, <http://www.adalet.org/makale/xysbekran.php?idno=165&id2=413>
- Demir, Mehmet:** Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, s. 153 vd.
- Deryal, Yahya:** Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası, <http://www.hastahaklari.org/aydin1.htm>

- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan:** Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2004.
- Gümüş, M. Alper:** Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.
- Hancı, Hamit:** Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2006.
- Hatırnaz, Gültezer:** Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Ankara 2007.
- Huguenin, Claire:** Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich-Basel-Genf 2002.
- Özdilek, Ali Osman:** Tıpta Yanlış Uygulama (Malpraktis) Sebebiyle Hekimin Hukuki Sorumluluğu, http://www.turkhukusitesi.com/makale_300.htm
- Öztürkler, Cemal:** Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2006.
- Savaş, Halide:** Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ceza-Hukuk, Ankara 2007.
- Savaş, Halide:** Yargı Kararları Işığında Hekimin Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, s. 171 vd. (*Sağlık Hukuku Kurultayı*).
- Schmid, Jörg:** Zürcher Kommentar, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-414 OR, Bd. V/3a, Zürich 1993 (*ZürcherKomm-Schmid*).
- Schnyder, Anton K.:** Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, Bearbeitet von Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey, 9. Auflage, Zürich 2000. (*Guhl-Schnyder*).
- Sütlaş, Mustafa:** Tıbbi Yanlış Uygulama (Mal Practis) Ve Mesleki Mesuliyet(Sorumluluk) Sigortası Üzerinebazı Saptamalar, <http://www.hastahaklari.org/kotuyg-sig.htm>

Şenocak, Zarife: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998.

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 3. Bası, Ankara 1987.

Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 2002.

Yılmaz, Battal: Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2007.

Zevkliler, Aydın: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2007.

A BRIEF OVERVIEW OF ACTIONS FOR DAMAGES IN TURKISH COMPETITION LAW IN THE LIGHT OF THE LATEST IMPROVEMENTS OF EU COMPETITION LAW

*Arş. Gör. Murat ŞAHİN**

ABSTRACT

The methods of public enforcement whose aim is to ensure economic activity by protecting the competition process and to increase the social welfare, consist of certain type of enforcements that are applied by the administrative authorities in charge, targeting those who have committed the violations. On the other hand, in order to enable natural persons who claim to have suffered damages as a result of the violation of the competition law rules, to become a party in the lawsuits for the compensation of these losses or their being able to request that other measures are taken in addition to the compensation of the losses of these persons, may only become possible by the arrangement of private enforcements. In this context, among the private enforcements which may be envisaged, invalidity of the judgments and agreements against the rules of the competition law, actions for damages, actions for prevention of violation (injunctive suit) and for stopping the violation may be mentioned. In this study, taking also into consideration the USA and EU competition law, the private enforcement remedies in Turkish competition law and in this context, the actions for damages shall be dealt with.

ÖZET

Amacı, rekabet sürecinin korunması yoluyla iktisadi etkinliğin sağlanması ve toplumsal refahın artırılması olan kamu hukuku yaptırımları, yetkili idari otoritelerce ihlali gerçekleştirenleri hedef alarak uygulanan bir takım yaptırımlardan oluşmaktadır. Diğer yandan, rekabet hukuku kurallarının ihlali sonucunda zarar gördüklerini iddia eden özel kişilerin bu zararların tazmini için açılacak olan davalara taraf olabilmeleri veya bu kişilerin zararlarının giderilmesinin yanında, diğer tedbirlerin de alınmasını talep edebilmeleri, rekabet ihlalleri karşısında özel hukuk yaptırımlarının

* Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Araştırma Görevlisi.

düzenlenmesi ile olanaklı hale gelebilir. Bu bağlamda öngörülebilecek özel hukuk yaptırımları arasında; rekabet hukuku kurallarına aykırı anlaşma ve kararların geçersizliği, tazminat davaları, ihlalin önlenmesi ve ihlalin durdurulması davaları sayılabilir. Bu çalışmada AB rekabet hukuku uygulamasındaki son gelişmeler de dikkate alınarak, Türk rekabet hukukunda özel hukuk yaptırımları ve bu bağlamda tazminat davaları ele alınacaktır.

Keywords: Private enforcement, Action for damages, Passing-on defense, Indirect purchaser's standing, Treble damages.

Introduction

In Turkish competition law, not only the public enforcements, but at the same time the private enforcements have been clearly stated and a dual enforcement system has been foreseen in the application of the provisions of the competition law, in order to ensure the efficient implementation of the provisions of the "Act on the Protection of Competition"¹.

In Turkish competition law, agreements and concerted practices between undertakings, and decisions and practices of associations of undertakings which have as their object or effect or likely effect the prevention, distortion or restriction of competition directly or indirectly in a particular market for goods or services are illegal and prohibited [Act on the Protection of Competition (APC) Article 4]. Furthermore the abuse, by one or more undertakings, of their dominant position in a market for goods or services within the whole or a part of the country on their own or through agreements with others or through concerted practices, is illegal and prohibited (Article 6), and lastly, merger of two or more undertakings, aimed at creating a dominant position or strengthening their dominant position, as a result of which, competition is significantly decreased in any market for goods or services within the whole or a part of the country, or acquisition, except acquisition by way of inheritance, by any undertaking or person, of another undertaking, either by acquisition of its assets or all or a part of its partnership shares, or of other means which confer it/him the power to hold a managerial right, is illegal and prohibited (Article 7). In the event of non-compliance to these prohibitions, Turkish Competition Authority, as public enforcement levies an administra-

¹ Aslı Bülbül, *Civil Law Claims on the Enforcement of Competition Rules: A Comparative Study of USA, EU and Turkish Laws* (Ankara, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, ODTÜ Avrupa Çalışmaları Enstitüsü, 2006), p.3; Kerem Cem Sanlı, *Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu* (Kayseri, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, 2003), p.213.

tive fine (Article 16-17) or may take (Article 9) decision encompassing those behaviors to be fulfilled or avoided so as to establish competition and maintain the situation before infringement².

At this point, the only institution entitled to impose public enforcements is the Turkish Competition Authority.

The subject of compensation for the losses caused by competition infringements has been regulated by a separate provision in APC. Whereas between APC Article 56 and Article 59 under the heading of “*Private Law Consequences of Limiting Competition*”, the consequences of the behaviors restricting competition stated in APC in the area of private law are regulated. As a private enforcement in Article 56 of APC, the invalidity of the agreements contrary to the Act is state and in Article 57, 58, 59 the right to compensation and compensation for the damage and the burden of proof have been stipulated³. While the invalidity and actions for damages are clearly stated as private enforcement in APC, no provision has been set out concerning the prevention or the termination of the violation. APC, in addition to openly providing for the cases requiring obligation for compensation, the amount of compensation and those who may be parties to actions for damage, in order to facilitate and promote the actions for damages, unlike the general rules, has made arrangements regarding treble damages and the arrangements related to burden of proof. Although taking administrative sanctions as a basis in APC, with its special provisions regarding obligation for compensation, aims a more efficient application of the provisions of the competition law⁴.

Whereas in the EU competition law, the basic provisions concerning violations of competition have been set out between the Articles 81 and 89 of the Treaty on European Union (*TEU*). TEU Article 81 prohibits agreements, concerted practices and decisions limiting competition and furthermore considers as invalid the prohibited agreements and decisions, at the same time, in the event of the existence of certain conditions, makes provisions for cases

2 Ateş Akıncı, *Mukayeseli Hukuk Açısından, Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması* (Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2001), p.277-288.

3 Pelin Güven, *Rekabet Hukuku* (Ankara, Yetkin Yayınları, 2005), p.589-614

4 Zekeriya Arı, *Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004), p.215; Gamze Aşçıoğlu Öz, *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması* (Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, 2000), p.185.

which can be exempted from the prohibition⁵. Article 82 prohibits the abuse of their dominant position by undertakings in dominant position. The public enforcements regarding violations of TEU Articles 81 and 82 are being implemented by the European Commission and the national competition authorities. The decisions taken by these institutions are being supervised by the *Court of Justice of the European Communities* (ECJ) and national courts. The arrangements regarding private enforcements are left to the domestic laws.

Regarding the private enforcements, a separate arrangement not being made until near future in the EU competition law has resulted in the private enforcements falling behind the public enforcements. Subsequent to the *SABAM*⁶, *Courage*⁷ ve *Manfredi*⁸ judgments of the Court of Justice of the European Communities, in the EU competition law, accepting private damage claims arising from competition violations has become possible. With the “*Regulation numbered 1/2003*”⁹ containing important reforms related to the European competition law and procedure, bringing the possibility for national courts and national competition authorities to refer directly to the Articles 81 and 82 of TEU, the active contribution of national competition authorities and courts to enforcement has been envisaged.

In 2004, the EU Commission has commissioned the Law Company *Ashurt* to prepare a report¹⁰ concerning the private damage claims and private enforcements. The Commission has taken into consideration most of the subjects indicated in the report and has published the *Green Paper* on the basis on that report on 19.12. 2005¹¹. The paper deals with the actions for damages related to the violation of the European Community competition law in detail and opens to discussion the opinions on this subject in order to

5 Assimakis Komminos, “Public and Private Enforcement in Europe,” *The Competition Law Review*, Vol. 3.Issue 1, (2006), s.6-7; Christopher Bellamy, Graham Child, *Common Market Law of Competition* (5th Edition, London, Sweet& Maxwell, 2001), p.71.

6 Case 127/73, *Belgische Radio en Televisie v. SABAM*, (1974)

7 *Courage v. Crehan*, Case C-453/99, ECRI-6297, (2001)

8 *Vincenzo Manfredi v. Lloyd*, ECJ C-295/04, (2006)

9 Council Regulation No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ 2003 L1/1, 04.01.2003.

10 “Study on the Conditions for Damage in Case of Infringement of European Communities Competition Rules, Comparative Report”, Brussels, Ashurt, 2004.

11 “Green Paper On Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules”, Commission of the European Communities, Brussels, 19.12.2005, (SEC 2005, 1732)

ensure that private enforcements are applied in a more efficient and compatible manner. Furthermore, the suggestions and views related to the matters stated in the Green Paper have been taken up in the *Commission Staff Working Paper, 2005*¹². Later, in order to concretize the suggestions stated in the Green Paper, the EU Commission has published in 02.04.2008 the *White Paper*¹³ and the related Commission Working Paper (2008)¹⁴. In the light of the discussions and opinions ensuing from all these studies it is observed that the Commission aims to establish a more efficient private enforcement system.

I. Actions for Damages in Turkish competition law

According to Turkish competition law, in order for a compensation liability to occur, the following conditions need to be realized together. 1- There must be a behavior such as a practice, decision, contract or an agreement or an abuse dominant position ct. contrary to APC and the element of illegality must occur in this way 2- There must be a damage as a result of the anti-competitive behavior 3- There must be a suitable causality link between the illegal actions and damage 4- There must be a fault¹⁵.

A. Actions Contrary to APC

In the scope of APC Article 57, those incurring damages from actions, decisions or agreements or concerted practices between undertakings contrary to competition rules, abuse of dominant position or mergers and acquisitions aimed at create or further strengthen the dominant position are able to claim damages from courts. However in the event of existence of reasons for compliance with laws which eliminate the contradiction to law of the action or agreement which is contrary to the competition laws (such as individual or block exemptions that the Turkish Competition Authority decide to exempt the agreements and concerted practices between undertakings from the application of the provisions of APC Article 4.), the claims for

¹² “Commission Staff Working Paper” Annex to Green Paper, Commission of the European Communities, Brussels, 19.12. 2005

¹³ “White Paper On Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules”, Commission of the European Communities, Brussels, 2.4.2008, (SEC 2008, 404)

¹⁴ “Commission Staff Working Paper”, Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Commission of the European Communities, Brussels, 2.4.2008. (COM (2008) 165 Final, SEC 404)

¹⁵ İsmet Sayhan, “Rekabet Hukukunda Rekabet Düzeninin Korunmasına Yönelik Düzenleme Bakımından Hukuka Aykırılık,” *Rekabet Dergisi*, s.17. (2004), p.5-6

damages are being rejected by the courts¹⁶.

B. Damages

In the scope of Article 57 of APC if a damage has not occurred from activities contrary to the law the liability to damage will not arise. Therefore, behaviors creating solely danger, even if they may be contrary to law, shall not cause tort liability¹⁷. In the Article 58 of APC it is stated that competing undertakings affected by the limitation of competition may request that all of their damages are compensated by the undertakings which limited competition. In this respect, for those who have incurred damages from activities contrary to competition law the actual loss and the lost of profits that shall be included in the scope of the damages. Furthermore the compensation includes the actual loss and lost of profits together with the interest to accrue from the date the loss occurred. Even though some advocate for the contrary¹⁸, it is generally accepted in Turkish competition law that moral damages are not included in the scope of the compensation.

According to APC Article 58, those who suffer as a result of the prevention, distortion or restriction of competition, may claim as compensation, the difference between the cost they have paid and the cost they would have paid if competition had not been limited. So the *before and after method* in which the differences in the income of the plaintiff caused by the infringement before, during and after the infringement of competition are taken into consideration, can be used to calculate damages¹⁹.

In determining the loss of profits, all the profits expected to be gained by the injured undertakings are calculated by taking into account the balance sheet of the previous years as well (APC Article 58). Regarding reflected injuries that third parties have suffered, it is accepted in general that these losses may not be compensated.

¹⁶ Osman B. Gürzumar, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak (Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum; Bildiriler-Tartışmalar- Panel, 7-8- Ekim 2005), p.135.

¹⁷ Fikret Eren, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler" (9.Bası, İstanbul, Beta Yayınevi,2006), p.472; Mustafa Kılıçoğlu, "Tazminat Hukuku" (2.Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006) p.47. Kerem C. Sanlı, Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi (I. Bası, İstanbul, Arıkan Yayıncılık, 2007), p. 298

¹⁸ Ergun Özsunay, Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları (Kayseri, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, 2005), p.144

¹⁹ Özsunay, Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, p.126-129

C. The Passing-on Defense and Indirect Purchaser's Standing

As a consequence of actions restricting compensation, the damage incurred by indirect purchasers from a direct purchaser who have bought goods or service at a higher price (indirect purchasers such as retailers or consumers which are subsequent to the direct purchaser in the supply chain) is caused by the damage incurred by the direct purchaser. Excluding cases where the direct purchasers have not reflected to their sales prices the cost paid in extra by not making a profit or by selling at a loss, the subsequent purchasers and consumers are participating to a portion of the damage which has occurred²⁰. Thus, although the indirect purchasers incur damage, in the event of passing-on the goods from various phases such as distributor, retailer within the supply chain after the direct purchaser, it is difficult to determine the scope of the damage and to what extent it has been passed on.²¹ Consequently, it is stated that giving the indirect purchasers the right to bring suit for damages claims might cause excess burden to courts with a large number of lawsuits and in some cases may cause the claimant to be indemnified more than once.

In the event of the acceptance of indirect purchaser's claims for damages, consumers will be included in this scope. In that case, it might be stated that it will be difficult and complicated for the court to determine to what extent the cost has been transferred by direct purchasers to several consumers who shall bring a lawsuit. However, it must not be forgotten that denying the right for damages actions to indirect purchasers might eventually cause those who have committed infringement of competition to maintain the benefits they have obtained from the infringement. Especially, in cases where

²⁰ Gürzumar, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, p.162.

²¹ In American competition law, where the matter has been initially taken up (At federal level), the claims for damages of indirect purchasers are not accepted due to the inability to determine those who have incurred losses and to difficulties in discovering to what extent the loss was reflected (*Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 US 720, 1977; *Hannover Shoe, v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 US 481, 1968). In most of the State law systems, unlike the Federal competition law enforcement, the claims for damage of indirect purchasers are accepted. Furthermore although the claims for indemnification of the indirect purchasers are not accepted at federal level, their rights to claim that behaviors violating the competition or which threaten to violate competition are stopped are accepted. In the American law, in the cases where the direct purchasers without incurring any loss themselves have passed on to subsequent purchasers the excess cost they have paid, in the event that the subsequent purchasers have proven this damages, their right to claim for compensation may be accepted.

the direct purchasers have reflected the whole of the damage to the subsequent purchasers or where there is no decrease in the demand of consumers due to the non-flexibility of demand, direct purchasers may not file a law suit as they shall not have sustained a loss due to violation, or even if they do, their claim will be rejected as damage has not occurred. Thus, those who have committed the infringement shall not be obliged to pay any damages.

In that case, the acceptance of the right of damage litigation of indirect purchasers and in addition, to prevent multiple indemnification of loss or the unjust enrichment of direct purchasers, *the passing on defense* that the defendants shall make must also be taken into consideration. Furthermore, as the existence of violation and damage shall be determined with the acceptance of the passing on defense, from now on in the actions to be brought by the indirect purchasers, only their proving the causality relationship between the losses they have incurred and the infringement must be deemed sufficient for their success in the action.

In that case, the judge will primarily accept the claims for damage of both direct purchasers as well as the indirect purchasers. Subsequently, taking into consideration the passing on defense made by defendants for direct purchasers, shall conduct the extrication of the damage and therefore shall allocate the indemnity²². Therefore, by excluding the damage reflected by direct purchasers to indirect purchasers in the scope of the indemnification, multiple indemnification of the damage shall be prevented. In Turkish law practice, although the heavy load of law suits in the courts as well as the complexity of the damage analyses in the competition law have a possibility to make such litigations more difficult, with some procedural facilities to be brought it shall be possible to alleviate the law suit burden and to ensure a faster and easier progression.

Whereas in the practice of EU competition law, especially subsequent to the judgments *Courage*²³ and *Manfredi*²⁴ of the Court of Justice, the general tendency is that everyone incurring damages shall be able to demand compensation in a manner to include the indirect purchasers²⁵. However, it is

²² In order to conduct a fair distribution, it is also necessary to determine how much of the loss has been passed on to whom within the supply chain.

²³ *Courage V. Crehan*, Case C-453/99, 2001

²⁴ *Vincenzo Manfredi V. Lloyd*, Ecj C-295/04, 2006

²⁵ “White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules”, Commission of the European Communities, Brussels, 2.4.2008, (SEC 2008, 404). p. 4-8; “Commission Staff Working Paper”, Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach

accepted that this should not cause unjust enrichment. That is, while accepting the claims of the indirect purchasers, the passing on defense of the defendants should be taken into consideration and the extrication of the damage shall be made and the multiple indemnifications of the damage and unjust enrichments shall be prevented²⁶.

D. Causality

In competition law, for the liability for compensation to occur, a causality link between the action contrary to law and the damage has to be established²⁷. Whereas the scope of the liability can be determined according to the appropriate causal relationship link. When it reveals the existence of the damage, the plaintiff must also prove the causality relationship between the action and the damage, namely that the cause of the damage is agreement, decision or practice contradictory to APC. If there is no causal relationship between the damage which has occurred and act which is contrary the provisions of APC, the liability for compensation shall not arise²⁸.

Considering the EU competition law, in order to claim for damages due to the violation of competition rules, it is necessary that an actual connection is established between the behaviors violating the competition rules and the damage, namely an appropriate causal relationship should exist²⁹. In fact the Court of Justice has seen, in its *Manfredi* judgment, it has been deemed that the existence of causal relationship between the damage and the act contrary

of the EC Antitrust Rules, Commission of the European Communities, Brussels, 2.4.2008. (COM (2008) 165 Final, SEC 404) p. 13-15

²⁶ CMS Law Firm, Comments on the Green Paper on Damages Actions For Breach of the EC Antitrust Rules, Competition Practice Group, 2006, p.12; Office of Fair Trading, Response to Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules (2006), p.15.

²⁷ Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, p.487

²⁸ From the statement in APC Article 57 "... is obliged to compensate for any damage of the injured" it is clearly understood that the causality relation is sought by the Law.

²⁹ "Commission Staff Working Paper" Annex to Green Paper, Commission of the European Communities, Brussels, 19.12. 2005 s.77; Thomas Eilmansberger "The Green Paper on Damages Actions For Breach of the EC Antitrust Rules And Beyond; Reflection on the Utility And Feasibility of Stimulating Private Enforcement Through Legislative Action," Common Market Law Review, No.44, 2007 p. 469; Amato Giuliano / Ehlermen Dieter, EC competition law, Oxford and Portland, Oregon, 2007 p.747.

to law is necessary³⁰.

Furthermore, in the event it is claimed that otherwise acts have caused the damage to happen, whether these acts have severed the causal relationship and the effects of these acts in the determination of the scope of indemnity should also be examined. For instance, in actions for damages taken by those incurring losses due to increases in prices caused by price fixing agreements contrary to competition, and the defendants putting forward that inflation or increases in costs have affected this increase, the judge has to take into consideration whether the causality relation has been severed or not or whether the reasons stated have affected the scope of the indemnification or not.

E. Fault Requirement

In Article 57 of APC, a clear statement concerning the principle liability is based upon, namely whether strict liability or faulty responsibility has been adopted, does not exist. However, in Article 57 of APC, due to the characteristic of competition law, the basis of responsibility should be clearly stated. In the law, in view of the absence of a clear statement that strict liability has been adopted, it seems difficult to accept that the liability is based on strict liability.

However, in cases where behaviors restricting competition (cartel agreements such as price fixing, market sharing), has no other purpose than open breach of competition, it is impossible to think that parties are faultless. In such cases, proving the contradiction to law and causality must be deemed sufficient for the liability for compensation to arise and the demonstration of fault should not be additionally required³¹. In most of the cases, as the enterprises have not shown at least the care required to prevent the violation, it is accepted that they are faulty at least at negligence level. However, in some cases enterprises may act in contradiction to law without being faulty. For instance, in vertical agreements, it may not be possible to mention the fault of weak positioned intermediate enterprises which have to comply with the decisions of the producer in order to purchase goods from them in the formation of agreements contradictory to law. Consequently, even in gross negligence cases, the contested party must be given the right to prove that it is not faulty.

³⁰ Ayhan Kortunay, "AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Kayseri, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VI, 2008, p.38

³¹ Gürzumar, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, p.153-154.

In the EU, when the rules of national competition law are examined, different approaches are observed between competition law and general rules related to the liability for compensation. In some countries, for the acceptance of requests for indemnification arising from the violation of competition law, the plaintiff's proving the fault of the defendant is not deemed necessary³². Whereas in some countries proving the fault is sought as a requirement, however, after determining that the behavior of the defendant violated the rules of the competition law, proof of fault is not deemed necessary. That is, the determination of the violation is accepted as a presumption that the defendant is faulty³³. In some countries, the subject presumption of fault has been arranged as a definitive presumption, whereas in some other countries it is arranged as a rebuttable presumption³⁴. As a presumption regarding the existence of a fault is not accepted in some countries, it is observed that the fault requirement becomes an obstacle related to actions for damages³⁵. In countries where fault is accepted as a prerequisite, fault is divided in two as premeditation and negligence and the existence of fault in the level of negligence is deemed as sufficient³⁶.

³² Such as, Czech Republic, Ireland, Slovakia and England. "Commission Staff Working Paper" Annex to Green Paper, Commission of the European Communities, Brussels, 19.12. 2005, p.38.

³³ Belgium, Germany, Estonia, France, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Hungary, Malta, Netherlands, Austria and Slovenia are stated. The Commission has indicated that regarding these countries, the demonstration of the fault does not create an important problem. "Commission Staff Working Paper" Annex to Green Paper, Commission of the European Communities, Brussels, 19.12. 2005 p.38.

³⁴ Amoto, Ehlermen, EC competition law, p.756.

³⁵ The subject countries are Denmark, Greece, Spain, Poland, Portugal, Finland and Sweden. "Commission Staff Working Paper" Annex to Green Paper, Commission of the European Communities, Brussels, 19.12. 2005, p.38.

³⁶ Green Paper Question D; "Commission Staff Working Paper" Annex to Green Paper, Commission of the European Communities, Brussels, 19.12. 2005 p.31; When the general principles of the EU Competition law are considered, in cases where there is discrepancy to ATA Article 81. and 82, for the enforcement of public law sanctions further demonstration of fault has not been deemed necessary by the Commission and the Court of Justice. At this point, the EU judicial case laws, find the existence of agreements or concerted actions which might have a restricting purpose or effect on competition sufficient for proving the existence of violation. "Commission Staff Working Paper" Annex to Green Paper, Commission of the European Communities, Brussels, 19.12. 2005 p.32-33; Amoto, Ehlermen, EC competition law, p.728

Regarding the fault requirement, the EU commission in the White Paper, in compliance with the case law of the Court of Justice, upon demonstration by the injured that the Articles 81 and 82 of TEU have been breached, it is stated that the parties committing the infringement shall be responsible from the damages. However this rule is giving the opportunity to those who have committed the infringement to be absolved from responsibility by evidencing that the infringement has occurred as a consequence of a real (honest mistake) error. For a mistake to be deemed substantial, those who have committed the infringement have to prove that the infringement has occurred despite their displaying the care that a prudent person would have displayed or that they were truly not aware that their acts were restricting competition³⁷. However, in most of the serious competition infringements, it would not be possible to assert the existence of an honest mistake.

F. Treble Damages

Whereas the Article 58/II of APC brings a form of compensation which does not exist in the legislation on general liability, the “treble damages” system. It is observed that the arrangement has been taken from the “*treble damage*” system stated in the Article 4 of *Clayton Act* in the USA antitrust legislation.

In the Article 58/II of APC, the statement “*if the resulting damage arises from an agreement or decision of the parties, or from cases involving gross negligence by them, the judge may, upon the request of the injured, award compensation by three fold of the material damage incurred*”, is mentioned. Although it is accepted that the main purpose of this arrangement is not merely the compensation of damages, it must be accepted that it is deterrent as the punitive norms. Furthermore, the possibility of treble compensation, as it is observed in the USA law, encourages the plaintiffs to litigate and acquires a function in favor of the injured. In the APC, in relation the possibility of awarding treble damages, it has been stated that the damage should arise from the agreement of the parties or their decision or their gross negligence. Therefore in the event of the defendant’s slight negligence treble

³⁷ “White Paper On Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules”, Commission of the European Communities, Brussels, 2.4.2008, (SEC 2008, 404). P. 6-7; “Commission Staff Working Paper”, Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Commission of the European Communities, Brussels, 2.4.2008. (COM (2008) 165 Final, SEC 404) p. 53-54

damages will not be awarded³⁸. However, in the concrete cases it is quite difficult for the judge to determine whether the fault of the defendant is gross negligence or slight negligence. Another condition for treble damages to be awarded is in relation to the request of the injured. Without being requested by the plaintiff, the judge shall not award treble damages ex-officio.

In the determination of the compensation amount, in the event that the benefit that is obtained or which is likely to be obtained by injurer is taken as a measure, the right to claim damages must be restricted regarding persons requesting it and the content of the request. Furthermore, it is indicated that this right should be extended by being limited for the competitors whose market share has contracted, to the amount of profit obtained from the contracted segment of their market share; for the competitors who have been cast away from the market with the profit obtained from their market share and for the competitors whose entrance to the market has been prevented, with the profit obtained from the market share they could have had.

In the APC related to treble damages the mention “...by three fold”, has caused different interpretations regarding whether the judge could award treble damages or differently then treble damages, to damages up to three fold. According to an opinion of the doctrine, the judge, even though the conditions for treble damages would be fulfilled, is not obliged to award damages by threefold. In this respect it has been indicated that the text of the law openly gives discretionary power to the judge and thus the judge’s discretion would determine the damage according to the conditions of concrete case and the degree of the fault of those causing the damage³⁹. However, in our opinion, regarding the prevention of behaviors violating competition, increasing the dissuasiveness of the provision and the encouragement of plaintiffs to make claims, in the event of the judge deciding that other conditions related to treble damages exit, the acceptance of the requirement to award three fold damages upon request is necessary for the more efficient use of the provision.

However, before the action for damages, in the investigation initiated by the Competition Authority concerning the party committing the breach, in

³⁸ Sanlı, “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, Kayseri, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, 2003, p.270-271 *Gürzüm*, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, p. 169;

³⁹ ÖZ Gamze A., “Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2000, p.184; Sanlı, *Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, p.270-271

the event that the parties committing the breach cooperate with the Authority in the framework of the Article 16 of APC, in the actions for damage against them, it is necessary to bring to the judge the possibility to award (ex officio or upon request) indemnification amounting to the tangible damage or the profit obtained or which shall be possibly obtained by those causing the damage, instead of treble damages. Thus, the cooperation of the undertakings with the Authority being negatively affected shall also be prevented. The alleviation of the heavy burden of indemnity that the undertakings committing the breach shall be confronted with shall also help in preventing from moving away from cooperation. Furthermore, while calculating treble damages the judge must definitely take into consideration the loss passed on to the subsequent purchasers by the purchasers who have incurred losses due to the breach and the benefits that those who have incurred losses due to the breach.

The EU Commission, in the White Paper it has prepared in relation to damage claims states that in principle the amount of indemnity cannot exceed the real loss, that a system of compensation which two or three fold the amount of loss would not be fair, that consequently a compensating indemnification system should be adopted. However, referring to the *Manfredi* judgment, it is indicated that those who have incurred losses from the rules of the EU competition laws, on the condition of being in conformity with the principles of proportionality and efficiency and not being in contradiction to the EU public order, in the event that is regulated by their domestic law, may request that punitive damages are awarded⁴⁰.

II. Principles Related to the Procedural Law in Actions for Damages

A. Burden of Proof and Access to Evidence

In competition law, regarding actions for damages, the general rules concerning the burden of evidence are valid. Namely, “Unless otherwise stated by the law, each of the parties is under to obligation to prove the existence of the facts on which its rights is based” (Civil Code Article 6). In this context, the plaintiff is under the burden of proving the elements of the tort, namely that the defendant has caused damage with an act contradictory to law, that there is causal relation between this damage and the action, the fault of the defendant, the damage incurred and the he is among the individ-

⁴⁰ White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules”, Commission of the European Communities, Brussels, 2.4.2008, (SEC 2008, 404). p. 6-7; Kortunay, AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları, p.39-40

uals aimed to be protected by the norm⁴¹.

The plaintiff can prove that an act contrary to law has been committed with all kinds of evidence according to the provisions of the civil procedure law. In fact, in Article 59 of APC the provision “*the existence of agreements, decisions, and implementations restricting competition can be proved by any kind of evidence*” has been foreseen and in the subject of proving the action contrary to law ample scope and ease of evidence has been provided to the plaintiff⁴². The plaintiff must bring into relief that an agreement, decision or concerted practice or a dominant position has been abused or the existence of a merger or acquisition prohibited by the laws. Even though the norm violated by the act may be determined by the judge, the plaintiff has to prove why the violation is contrary to law.

The plaintiff has also to prove that the defendant has committed the act which is contrary to law by fault. However, as mentioned previously, in some cases that pertain to the competition law, the contrariness to law and fault being intermingled, the plaintiff’s evidencing the contradiction to law, will also mean that the fault of the defendant is proven and this will quite facilitate the work of plaintiff⁴³.

The plaintiff must prove the appropriate causal relation between the act and the loss. In some cases the causal relation may be so clear that it may not require to be proven. Excluding those cases the material condition must be proven by the claimant.

In competition law, in actions for damages, in general there is an important information asymmetry between the claimants and the defendants. As most of the information and documents are in the possession of the defendant, the requirement of normal standards in proving the claims of the plaintiffs would not be a fair solution. The legislator, in a manner to assist the claimants to overcome the difficulty they will experience in proving, in Article 59 in evidencing the concerted actions it has stated an arrangement similar to the concerted actions presumption in Article 4 and has alleviated the burden of proof of the claimant.

Therefore; Should the injured submit to the jurisdictional bodies proofs such as, particularly, the actual partitioning of markets, stability observed in

41 Pekcanitez, Atalay, Özkes, *Medeni Usûl Hukuku* (2006), p.391-392; Bilge Umar, Ejder Yılmaz, *İspat Yükü* (2. Bası, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1980) p.2-3.

42 Özsunay, *Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, p.146

43 Ali Cem Budak, *Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat* (Kayseri, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, 2003), p.59-60.

the market price for quite a long time, the price increase within close intervals by the undertakings operating in the market, which give the impression of the existence of an agreement, or the distortion of competition in the market, then the burden of proof is for the defendants that the undertakings are not engaged in concerted practice [Article 59 (Burden of Proof)]⁴⁴.

In this context, the party carrying the burden of proof (plaintiffs wanting to obtain rights in their favor in acts of damages originating from the competition law), in order to prove the existence of concerted action, as it is not possible to fully prove and with direct evidences the secret cooperation in distorting competition, these persons, when they prove the indications which display indirectly the existence of the concerted action (such as stability observed in the market price for a sufficiently long period, the price being increased at close intervals by undertakings operating in the market), the requirement to prove in full and with direct evidences is removed.

Furthermore, based on this presumption, what the criteria of the proof supplied by the plaintiff should be deliberated. In the case of substantiation of the concerted action stated in the Article 59 of APC by circumstantial evidence, as to whether full proof criteria or approximate proof criteria would be used, evidencing the concerted action by providing the full proof criteria which does not contain any reasonable doubt for the judge should be necessary and sufficient.

The evidences, as a rule, must be brought forward by the party carrying the burden of proof. Therefore the party claiming the correctness of the facts put forwards shall try to prove it by showing evidences. Regarding the time for giving of evidence, certain arrangements have been brought by the Article 180 and the last clause of Article 200 of the Code of Civil Procedure. Accordingly, the parties must present to the court the evidences in their possession by annexing them to a petition. Otherwise the court, at the first hearing, should give to the parties a definite period of 10 days for the presentation of evidences⁴⁵. In the Code of Civil Procedure, as the principle of preparation by the parties is valid, gathering materials for the case and their presentation to the court belongs to the parties⁴⁶. If a party to the legal proceed-

⁴⁴ Ejder Yılmaz, Rekabet Hukukunda İspat Yükü, (Kayseri, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, 2006), p.76-77

⁴⁵ Pekcanitez, Atalay, Özekes, Medeni Usûl Hukuku (2006), p.412-413; M. Akif Tutumlu, Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007)

⁴⁶ Pekcanitez, Atalay, Özekes, Medeni Usûl Hukuku (2006), s.218-223.

ings, however rightful it might be according to the material law, has not presented the facts on which it has based its request to the court, its request shall be rejected. The court, may not investigate by itself facts that are not brought forward by the parties. The exceptions to the principle of being brought by the parties are the law suits related to the public order.

As the actions for damages arising from the violation of the competition law are not cases that involve public order, in such cases, the principle of preparation by the parties shall prevail. In this case, collecting materials, i.e. evidences for the case and their presentation to the court shall belong to the parties. In competition law, in actions for damages, it is necessary to conduct wide and miscellaneous research in order to determine the infringement and the damage. The access by the plaintiffs to appropriate evidences in order to prove their claims is quite difficult, as an important part of the evidences are under the control of those who have committed the infringement. Especially in law suits brought by the plaintiff before a decision has been taken by the competition authorities regarding the matter in dispute, the defendant's giving the information and documents concerning its behaviors in dispute or ensuring the access of the claimant to the evidences has a key role in the success of the lawsuit.

In the White Paper prepared by the EU Commission, regarding the burden of proof, referring to the Article 16 of the regulation numbered 1/2003⁴⁷, it is emphasized that the decisions of the EU Commission should be definitive evidence for actions for damages. Furthermore, in order to ensure legal certainty and a consistent implementation in EU, it is foreseen that, the final judgments of the national courts and the national competition authorities regarding the existence of the infringement, for all the member countries, should be accepted as an irrebuttable presumption. Accordingly "the national courts in law suits brought for the violation of the Articles 81 and 82 of TEU shall not adjudicate in contradiction to judgments that are effective and pronounced by the EU Commission or the national competition authorities or by the national courts in relation to the competition authority

⁴⁷ EC Council Regulation No 1/2003, 16 December 2002, ATRG; 4.1.2003; according regulation numbered 1/2003, "in the decisions they will make regarding the agreements, decisions and concerted actions in the scope of TEU Article. 81 and 82 national judicial authorities and international competition authorities are under the obligation to take care that the judgments they will pronounce are not in contradiction with the judgments previously made by the Commission on the same". ; Latham&Wathkins Llp, "Litigation Culture Versus Enforcemet Culture; A Comprasion of US and EU Plaintiff Recovery Actions In Antirtust Cases," The Antitrust Review of Americas, Newyork, (2007), p.40

decision or for the determination of violations they have brought into the open”⁴⁸.

B. Costs of Actions

The action for damages arising from the violation of the competition may be more costly, due to the long time required to resolve such cases and their having a more complex nature in comparison to other actions for damages. The plaintiff, at the start of the law suit and subsequently for its progress has to make important expenses such as court fee or expert fee and in normal conditions the party losing the case has to bear the legal proceeding and lawyer expenses. Facing these high costs, it is not deemed likely for those who have incurred comparatively small losses, to file a legal action for the compensation of their losses. In this respect, in order to encourage such plaintiffs to press charges some convenience regarding litigation expenses should be provided.

In the Turkish legislation, the litigation costs consist of fees, counsel fees and additionally all expenses required by a work or service that is necessary for the litigation⁴⁹. The fees consist of the application fee collected when the law suit is filed, the proportionate judgment and verdict fee in lawsuits where the subject can be evaluated with money, and the hearing fee for the delays in hearings caused by the parties or their attorneys. It is not possible to proceed to subsequent procedures without the judicial fees being paid.

The payment of the attorney fee in addition to the other litigation fees may be adjudicated in favor of the party which has won the case and who has been represented by an attorney. At this point, the court while deciding to the attorney fees takes into consideration the Minimum Attorney Fees Tariff and not the contract between the party winning the case and its lawyer. The amount to be designated by the court cannot be less than this amount and nor can it be more than its triple. Litigation expenses, as a rule, are attributed upon request or automatically to the party who has been judged to be in the wrong and who has been adjudicated adversely [Code of

⁴⁸ White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules”, Commission of the European Communities, Brussels, 2.4.2008, (SEC 2008, 404). p. -5- 6; “Commission Staff Working Paper”, Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Commission of the European Communities, Brussels, 2.4.2008. (COM (2008) 165 Final, SEC 404) p.46-49

In order to conduct in a healthy manner all this exchange of information, the European Competition Network must be established and become operative.

⁴⁹ Pekcanitez, Atalay, Özokes, Medeni Usul Hukuku, (2006) p.591.

Civil Procedure Article 417/I (CCP)]. These litigation expenses are the advance fees paid at the opening of the law suit, the fees and expenses to be paid at the end of the law suit and the attorney fees which is a litigation expense. If there are more than one person on the party losing the case the court distributes the expenses according to their interest in the case.

As indicated before, in competition law the litigation expenses are one of the most important obstacles in bringing small claims to the courts. In the Turkish legislation, the obligation as a rule of those who will bring an action for damages, to deposit a litigation fee in advance and other expenses can be deemed as one of the most important obstacles in filing a claim. Furthermore, the party losing the case will have to bear the fees paid in advance at the filing of the lawsuit, the charges and the attorney fees which is a litigation expense at the end of the case. When the high cost of law suits arising from the violation of the rules of the competition law is taken into consideration, as most of the potential plaintiffs would not want to take the risk of meeting these high costs, shall not prefer to file a law suit. In our opinion, excluding the actions entered by the plaintiff with the purpose of doing harm and which are clearly unfounded, in small claims, bringing to reasonable levels the litigation expenses that the plaintiff will have to pay in the cases where it is unsuccessful may contribute to the resolution of the problem⁵⁰.

In most of the EU countries, the party losing the case as a rule has to bear the litigation and attorney expenses (*loser pays*). Namely, the party losing the case has to bear the charges of the other party in addition to the expenses it has made. In the face of these big financial risks, it does not seem possible that those who incur relatively small damages would file law suits for the compensation of their losses⁵¹. According to the Article 6 of the European Convention on Human Rights, the member countries, in order to ensure that everyone is able to bring their rights before the court, have to set the litigation expenses at a reasonable level. Therefore, the member countries have to take also into consideration this principle in the claims for dam-

50 Oğuz Atalay, “Adli Yardım Kararı ve Etkileri”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 52, Sayı:1, Ocak/1988 p.42-43; Alangoya, Yıldırım, Yıldırım, Medeni Usûl Hukuku Esasları (2006), p.454-455.

51 Steenbergen Jacques, Comments on the Green Paper n Damages Actions For Breach of the EC Antitrust Rules, Brussels,2006, p.6; Caton Matthew, Response to Green Paper on Damages Actions For Breach Of the EC Antitrust Rules, 2006, p.22

ages arising from the violation of the competition law⁵².

C. Class Actions

The final beneficiaries incurring damage from the restriction of competition having the possibility to bring law suits to court provides important contribution to the increase of dissuasiveness of private law enforcement. However, the delays experienced in the law suit process, law suit costs and numerous procedural transactions, prevents filing of actions by especially consumers who have small economic losses due to the violation. In order to encourage final beneficiaries to file actions, certain arrangements to facilitate the filing of suits must be implemented⁵³.

One of the ways facilitating the filing of suits is the possibility of filing a class action case. The class actions being one of the facilities for filing a collective action and which have an important place especially in the USA, represent a type lawsuit where the benefits of one or more plaintiffs which are in a similar situation are represented, which are not based on the open consent of the represented persons, a form of law suit being filed by masses. The main purpose of class actions is to provide legal reliability, to ensure that individuals benefit from more efficient legal protection and to observe procedural economy by reducing the number of cases⁵⁴.

In the Turkish legislation, the Code of Civil Procedure regarding its nature and scope has not made provision for the possibility of filing collective cases that are similar to class actions. In the Turkish legislation, the right of action, as a rule, belongs solely to the owner of that right. In the framework of the Articles 57 and 58 of APC, considering the existing arrangements, there is no possibility to have recourse to collective cases.

The existence of class action type law suits in the Turkish law system would be beneficial in facilitating the claims of small amount to be put forward. In actions for damages to be filed personally, the litigation expenses could exceed the loss or the plaintiffs' access to the evidences proving its claim can be impossible. In the event that several persons who have incurred damages from the violation have a possibility to file a lawsuit collectively

52 In most of the legislations of the member countries, the party losing the case has to pay the whole of the litigation expenses of the plaintiff, and the portion of the attorney and expert fees within the limits indicated by the law. "Commission Staff Working Paper" Annex to Green Paper, Commission of the European Communities, Brussels, 19.12.2005, p.61.

53 Özsunay, Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, p.145-146

54 Özsunay, Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, p.123-124

the chance of being successful in the case increases, or even if the case is not successfully concluded the litigation expenses does not reach to an important amounts for each individual. Thus, numerous people are able to bring their small claims more easily to court and at the same time are dissuading undertakings which could attempt infringement. In this respect the main problem to be discussed is not whether priority should be given to individual action claims or class action claims. The main problem is between class actions being filed mostly related consumer claims originated by losses from obvious violations like price fixing, market sharing and no case being filed in the sense of private law⁵⁵.

The EU Commission in the White Paper, regarding possibilities to file collective cases, deals initially with the actions filed by Consumer associations, public corporations, commercial or professional unions and chambers in the name of their own members (*representative action*). Accordingly, in determining the institutions which may file the action, the supervision of official authorities of the member countries is foreseen. In order to enable this institution to file a law suit, they need to have a license given by the competent authorities indicating that they are qualified to file a lawsuit. In the lawsuits to be brought in the name of their members, this license is not required. It is foreseen that these institutions should use as much as possible the compensation obtained as a consequence of the action in compensating the damages of those who have incurred losses. The collective actions are also stated in the White Paper. However in the system foreseen in the White Paper, the plaintiffs, in order to be able to benefit from the consequence of the judgment it is necessary for them be clearly included in the group (*opt in*). In this system, the plaintiffs shall be able to, if they wish, file their claim separately. The Commission indicates in the White Paper that, in relation to a collective case, these two systems could simultaneously be used together and through individuals filing separate suits, actions could be taken in three different ways regarding the same dispute. In that case it is necessary to define the relationship between these actions and in order to prevent conflicts of interest and unjust enrichments, necessary measures should be taken by

⁵⁵ Hayrettin Eren, İdari Yargı Bağlamında Sınıf Davaları ve Rekabet Hukuku Açısından Olası Açılımlar, (Kayseri, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu –V, 2007), p.155-157. Haluk Konuralp, Yargıtay Kararlarında Çevre Sorunları (Ankara, Mahkeme Kararlarında Çevre Sorunları, Türkiye Çevre Sorunları Vakfı, 1986), p.70.

member countries⁵⁶.

D. Coordination of Public and Private Enforcement

While the Competition Board is competent regarding the public law enforcement and the Council of State for the supervision of these decisions, the civil courts are competent in the actions for damages arising from the competition law and Supreme Court of Appeal for the appellate procedure. Therefore, in the event that application is made both to the court and the Competition Board, the matter may be brought both in front of the court and may also be evaluated and adjudicated by the Competition Board. On the other hand, looking at the provisions of APC we observe that the nature of the relationship between the Court and the Board is not clearly defined⁵⁷.

First of all, in the case which is before the courts without any application filed to the Competition Board, although the court shall not be bound by the decision of the Board, it would seem appropriate to keep the case waiting for the violation to be proved and to resolve in accordance with the Board decision or if it thinks otherwise, by providing strong justification.

Secondly, if there are no final Competition Board decisions at the time of application to the judicial jurisdiction, a civil court may consider the decision of the Competition Board as a preliminary question⁵⁸. Especially in the

56 “Commission Staff Working Paper”, Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Commission of the European Communities, Brussels, 2.4.2008. (COM (2008) 165 Final, SEC 404) p.19-22.

57 Güven, Rekabet Hukuku, p. 604-605. Sanlı, Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, s.260

58 Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama –Mevzuat (4. Bası, Bursa, Ekin Kitabevi, 2007), p.798-800; Tuncay Songör, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Sempozyumu, (Ankara, 2005), p.324, Similarly Boztosun brings out that, if there are no final Competition Board decisions at the time of the judicial jurisdiction, a civil court should wait the final decision of the Competition Board. Ayşe Odman Boztosun, Fikri Mülkiyet Hukuku İle Rekabet Hukununun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikinde Rolü (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002), p.302; However, in the doctrine some writers states that considering the matter as a preliminary question in judicial jurisdiction would be against procedure economy, as the processes at the level of Competition Board are too long. These writers states that, just awaiting the decision of the Competition Board is not sufficient, if there is an appeal to the Council of State for an annulment of the Board decision, awaiting the decision of the Council of State is also of great importance and this would mean a processes that may take years. For that reason, they offer a provision on mandatory expertise rather

cases where the infringement of competition is not qualified as a clear violation, it would be appropriate to keep pending the resolution of the dispute that is subject of the litigation until the decision of the Board in order to eliminate the doubts of the judge as to whether the conditions of justification and contradiction to law exist.

Thirdly, if there is an existing Competition Board decision at the time of application to the judicial jurisdiction, since the Board decision is not a court decision and cannot be deemed as definitive evidence in this context, it may be taken into consideration as discretionary evidence by the court. However the court has to benefit from the documents of the investigation conducted by the Board and to take into consideration the decision of the Board. Therefore if the contrary of the Board decision is to be pronounced by the court regarding the existence or absence of contradiction to law, it should also put forth its justification in a reasonable manner.

The EU Commission, in the White Paper, referring to the Article 16 of the Regulation numbered 1/2003⁵⁹, emphasizes that the decisions of the EU Commission should have the quality of definitive evidence in the actions for damages. Furthermore, regarding all member countries, in order to ensure legal certainty and a consistent practice, it is foreseen that it is necessary to accept the final judgments pronounced by the national competition authorities and national courts concerning the existence of violation as an irrebuttable presumption.

Conclusion

In Turkish competition law, in order to ensure the efficient implementation of the provisions of the Act on the Protection of Competition, not only the enforcements of the public law but also the enforcements of the private law have been clearly arranged and in the implementation of the provisions of the competition law a double enforcement system has been foreseen. According to Turkish competition law, in order to enable those who have incurred losses from violations of the competition rules to claim damages; it is necessary that there must be a behavior such as a practice, decision, contract or an agreement or an abuse dominant position et. contrary to APC and there must be a damage as a result of the anti-competitive behavior and there must be a suitable causality link between the illegal actions and damage and there must be a fault. In addition, the actual loss and the profits expected to be

than preliminary question that may be more beneficial. Sanlı, *Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, p.258-261

⁵⁹ EC Council Regulation No 1/2003, 16 December 2002, ATRG; 4.1.2003, Article16

gained by those who have incurred losses from activities contradictory to competition law are included in the scope of the indemnification. Regarding the granting of the right to file a law suit to indirect purchasers, the passing on defense that the defendants shall make must be taken into consideration in order to prevent more than one indemnification or the unjust enrichment of the direct purchasers.

In Article 57 of APC, a clear statement regarding to which principle the responsibility is based, namely whether faulty responsibility or strict liability has been adopted has not been mentioned. In the law, against the absence of a clear statement that strict liability has been accepted, it seems difficult to accept that the responsibility is based on strict liability. However in the cases where the behaviors restricting the competition have no other purpose than openly violating the competition, it is impossible to think that the parties are not faulty.

In the law, regarding treble damages to be granted, it has been stated that the damage should be caused by the agreement, the mutual decision or gross negligence of the parties. In the Turkish legislation, the CCP does not regulate the filing of collective actions, which are similar to class actions regarding their nature and scope. In the Turkish legislation, the right of action, as a rule, belongs solely to the owner of that right. In the framework of the Articles 57 and 58 of APC, considering the existing arrangements, there is no possibility to have recourse to collective cases. In conclusion, although the private law claims have been regulated in Turkish competition law, they are not observed in a widespread manner in application. In this, certainly the difficulties experienced in relation to procedure in filing a law suit, the high cost of litigation expenses, the arrangements related to competition law being relatively recent and the compensation culture concerning violations of competition not being established yet have a considerable influence.

Bibliography

- ADAMS K., HARVEY T., “Treble Damage Antitrust Claims, Outside Perspective”, Special Advertising Section Corporate Counsel, 1999
- AKINCI Ateş., “Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2001
- AMATO Giuliano / EHLERMEN Dieter, EC Competition Law, Oxford and Portland, Oregon, 2007
- AREEDA P, KAPLOW L., AARON E., “Antitrust Analysis, Problems Text and Cases”, Aspen Publisher Kluwer Comp., Amerika, 2004

- ARI Zekeriya, *Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı* Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004
- ASLAN Yılmaz, *Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama –Mevzuat*, 4. Bası, Bursa, Ekin Kitapevi, 2007
- ASLAN Yılmaz., “Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi”, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, Ankara, Ekim, 1999
- BAEL I.V. / BELLIS J.F., *Competition Law of the EC*, Oxford, 1987.
- BASEDOW Jurgen, *Private Enforcement of EC. Competition Law*, Netherland, Kluwer Law International, 2007
- BELLAMY C., CHILD G., *Common Market Law of Competition* (5th Edition, London, Sweet& Maxwell, 2001), s.71.
- BOZTOSUN Ayşe Odman, *Fikri Mülkiyet Hukuku İle Rekabet Hukununun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikinde Rolü*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002
- BUDAK Ali Cem, *Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat* (Kayseri, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, 2003
- BÜLBÜL Aşlı., “Civil Law Claims on the Enforcement of Competition Rules: A Comparative Study of US, EU and Turkish Laws, Yüksek Lisans Tezi, ODTÜ Avrupa Çalışmaları Enstisüsü, 2006
- CATON Matthew, *Response to Green Paper on Damages Actions For Breach Of the EC Antitrust Rules*, 2006.p.22
- CMS Law Firm, *Comments on the Green Paper on Damages Actions For Breach of the EC Antitrust Rules*, Competition Practice Group, 2006
- Commission Staff Working Paper Annex to Green Paper, Commission of the European Communities, Brussels, 19.12. 2005
- Commission Staff Working Paper, Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Commission of the European Communities, Brussels, 2.4.2008. (COM (2008) 165 Final, SEC 404)
- EC. Council Regulation No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ 2003 L1/1, 04.01.2003.
- EILMANSBERGER Thomas, “The Green Paper on Damages Actions For Breach of the EC Antitrust Rules And Beyond; Reflection on the Utility And Feasibility of Stimulating Private Enforcement Through Legislative Action,” *Common Market Law Review*, No.44, 2007
- EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, İstanbul, Beta

Yayınevi, 2006

- EREN Hayrettin, İdari Yargı Bağlamında Sınıf Davaları ve Rekabet Hukuku Açısından Olası Açılımlar, Kayseri, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu –V, 2007
- GARRET E.“Private Damage Antitrust Suits Measure of Damage For Destruction of All or Part Of a Business”, Harvard Law Review, Vol. 80, No. 7, 1967
- Green Paper On Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Commission of the European Communities, Brussels, 19.12.2005, (SEC 2005, 1732)
- GÜRZUMAR Osman B., 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak (Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum; Bildiriler-Tartışmalar- Panel, 7-8- Ekim 2005
- JONES Clifford, Private Enforcement of Antitrust Law in The EU. UK. and USA, Oxford University Press, New York, 1999
- KILIÇOĞLU Mustafa, Tazminat Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006
- KORAH Valentine, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 5th. Edition, 1994.
- KORTUNAY Ayhan, AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları Ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Kayseri Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VI, 2008
- ÖZ Gamze A., “Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2000
- ÖZSUNAY Ergun, “Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları”, Kayseri, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, 2005
- PAGE William., “The Limits of State Indirect Purchaser Suits; Class Certification in the Shadow Of Illinois Brick”, Antitrust Law Journal, Vol.67, Florida, 1999
- PEKCANITEZ H./ ATALAY O./ ÖZEKES M., Medeni Usûl Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006
- SANLI Kerem C., Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi (I. Bası, İstanbul, Arıkan Yayıncılık, 2007
- SANLI Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Kayseri, Reka-

bet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, 2003

SAYHAN İsmet, "Rekabet Hukukunda Rekabet Düzeninin Korunmasına Yönelik Düzenleme Bakımından Hukuka Aykırılık," *Rekabet Dergisi*, s.17. 2004, s.5-6

SAYHAN İsmet, *Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı*, Ankara, Ankara Barosu FMR Dergisi, Yıl; 5, Cilt; 5, Sayı 2005/3, 2005

SONGÖR Tuncay, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Sempozyumu, Ankara, 2005

STEENBERGEN Jacques, *Comments on the Green Paper n Damages Actions For Breach of the EC Antitrust Rules*, Brussels,2006

Study on the Conditions for Damage in Case of Infringement of European Communities Competition Rules, Comparative Report", Brussels, Ashurt, 2004.

SULLIVIAN T., HOVENKAMP H., "Antitrust Law Policy and Procedure", Fourth Edition, Lexis Law Publishing, Amerika, 1999

WALLER S. Weber, "Rekabet Hukukunda Kamu Özel Ortaklıkları", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV*, Kayseri, 2006

White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Commission of the European Communities, Brussels, 2.4.2008, (SEC 2008, 404)

YILMAZ Ejder, *Rekabet Hukukunda İspat Yükü*, (Kayseri, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV*, 2006

Case List

Case 127/73, *Belgische Radio en Televisie v. SABAM*, (1974)

Courage v. Crehan, Case C-453/99, ECRI-6297, (2001)

Vincenzo Manfredi v. Lloyd, ECJ C-295/04, (2006)

Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 US 720, 1977

Hannover Shoe, v. United Shoe Machinery Corp., 392 US 481, 1968

Courage V.Crehan, Case C-453/99, 2001

Vincenzo Manfredi V. Lloyd, Ecj C-295/04, 2006

THE NEW COMPETITION REGIME IN INDIA: WHETHER A NEW WINE IN THE OLD BOTTLE

*Gaurav JAIN**

ABSTRACT

In 2002, Indian Parliament enacted a Competition Act which seeks to replace the Monopolies and Restrictive Trade practices Act, 1969. The erstwhile law, MRTP Act, 1969, was enacted in the era of licences, permit and control and was based on the social and economic philosophy enshrined in the directive principles of the state policy contained in Indian constitution. In pursuit of globalization, India has responded by opening up its economy, removing controls and resorting to liberalization which geared its market geared to face competition from within and outside. Thus, keeping in view the economic developments of the country, to prevent practices having adverse effect on competition, to promote and sustain competition in markets, to protect the interest of consumers and to ensure freedom of trade carried on by participants in markets, in India, a new competition regime has been enacted which has made a historic shift bringing Indian competition laws and policies in the line of competition prevailing in the global market. The new act seeks to prohibit anti competitive agreements, abuse of dominance, and to regulate combinations. For achieving the purposes of the act, the act empowers the Central Government to establish Competition Commission of India which is mandated to eliminate practices having adverse effect on competition, promote and sustain competition, protect the interests of consumers, and ensure freedom of trade carried on by other participants in the market in India and also to undertake competition advocacy for creating awareness and impart training on competition Law. The new Act brings a sea change difference in the competition law regime in India.

Chapter I- BACKGROUND AND SUMMARY

In the absence of a generally accepted definition of the phenomenon of Competition, it has to be regarded as the object fostered and protected by Competition Policy and Law. Competition which is workable and effective

* Gaurav Jain, V Year, B.A. LLb (Hons.), Hidayatullah National Law University, Raipur, Chhattisgarh, India. (The author can be contacted at 9.gaurav@gmail.com)

is generally characterized by a sequence of pushing and pursuing acts of the agents in a particular market. Competition is the foundation of an efficiently working market system, which has several advantages over a planned economy and constitutes the precondition which protects freedom of decision and action of self-interested individuals or entities from leading to anarchy or chaos but rather to economically optimal, socially fair and desirable market results.¹

Broadly defined, competition in a market refers to a situation in where no firm or sellers independently strive for the buyers' patronage in order to achieve a particular business objective for example, profits, sales or market share.² In economic theory, a market is said to be purely competitive when the following conditions are present: (1) the product market consists of a homogeneous commodity; and (2) the number of sellers and buyers is so large, and the market share of each is so small, that no individual seller or buyer can perceptibly affect the price of the commodity by changing its output or purchases.³ When the following conditions also are present, 'perfect' competition is said to exist: (1) there are no barriers to the entry of new firms and resources are free to move between markets; (2) all market participants have equal (perfect) knowledge of all relevant market facts; (3) producers realize all costs and benefits of production; and (4) there is continuous divisibility of inputs and outputs.⁴ Competition is unambiguously a good thing

¹ See Report of the High Level Committee on Competition Policy and Law, para 1.1.1 submitted on May 22, 2000 available at www.manupatra.com (last visited on 24th Feb, 2008) (Report of High Level Committee); See also Adi P. Talati & Nahar S. Mahala, *Competition Act, 2002, Law Practice and Procedure* (Commercial Law Publishers: India, 2006) at 712.

² See Objectives of Competition Policy - A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, The World Bank and Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), 1999, Ch. 1, p. 1 (World Bank and OECD Report, 1999) available at <http://rru.worldbank.org/PapersLinks/Developing-Competition-Policy> (last visited on 20th Feb., 2008).

³ See Sam D. Johnson & A. Michael Ferrill, *Defining Competition: Economic Analysis and Antitrust Decision Making*, 36 *Baylor L. Rev.* 583 at 587; See generally P. A. Samuelson, *Economics* (18th ed. 2005); M. Friedman, *Capitalism and Freedom* (1982); F. M. Scherer, *Industrial Market Structure and Economic Performance* (2^d ed. 1980).

⁴ *Ibid.*

in the first-best world of economists.⁵ In order to achieve such a best world an effective competition policy and law, as is now widely recognized, is a concomitant requirement. Such a law aims to promote and maintain healthy inter-firm rivalry in markets by limiting unnecessary interventions or abuses of power in the marketplace by the State or by private sector enterprises that adversely affect economic efficiency and consumer welfare.⁶ It strengthens economic democracy and social cohesion by providing market participation opportunities through the prevention of anti-competitive practices by dominant firms, and lowers the barriers to entry faced by individual entrepreneurs, and small and medium-sized businesses.⁷ Competition policy and law, in this context, thus becomes an instrument to achieve efficient allocation of resources, technical progress, consumer welfare and regulation of concentration of economic power.⁸

Against this background, the Parliament of India enacted a Competition Act in the year 2002 which received the assent of the President of India on 13th January, 2003 and it seeks to replace the Monopolies and Restrictive Trade practices Act, 1969.⁹ But when we say that it seeks to replace an existing Act, we ought to know as to why the necessity arose for replacing the old Act by a new Act. Secondly, we also should be able to understand what changes it intends to make in the new legislation and in what way such changes benefit the society, consumers and the business community. In order to understand these basic issues it would be helpful if we highlight the reasons for bringing in a new Act and give a brief description of the various provisions of the new legislation and compare these with the erstwhile legislation; this will bring out how the new law tries to achieve a more effective regulation compliance in the market on competition issues.

⁵ See Jean-Jacques Laffont, *Competition Information and Development* (World Bank ed., 1998).

⁶ See generally *The Fundamental Principles of Competition Policy*, Background Note by the Secretariat, WT/WGTCP/W/127, 7 June 1999 available at http://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/wgtcp_docs_e.htm; *Synthesis Paper on the Relationship of Trade and Competition Policy to Development and Economic Growth*, Note by the Secretariat; See also World Bank and OECD Report 1999, *supra* note 2.

⁷ *Fundamental Principles of Competition policy*, *Ibid.*

⁸ See Report of the High Level Committee, *supra* note 1, para 1.2.0.

⁹ The Competition Act has been amended before coming completely into force by the Competition Amendment Act of 2007.

The paper examines the need for reform of the competition law in India and provides a brief outline of the various changes in the substantive law the new act intends to make by comparing the same with the erstwhile MRTP Act, 1969. Section I provides a brief outline for the need of a new law in India on Competition. Here the author examines the various developments that required the changes in the competition regime. The II section provides a picture of the applicability and extent of the competition law and compares the related provision with the erstwhile MRTP Act, 1969. Section III examines the substantive standard that the competition act incorporates within its fold and compares the same with the MRTP Act. Here the author analyzes all the differences the new act brings in the substantive quality of the competition law in India. The author concludes that the new competition act differs from the previous one in many respects and it has within its fold the efficiency to promote competition and maximization of public welfare. However, the author recommends that the development of competition law in India should not be a goal in itself, the law should not become just a decorative tool, and its enforcement should aim to bring about increased economic efficiency and improved public welfare.

Chapter II- THE ERSTWHILE LAW AND THE NEED FOR CHANGE

The Erstwhile Law

The erstwhile law, MRTP Act, 1969, was enacted consequent upon the recommendations made by the Monopolies Inquiry Committee appointed by the government to enquire into the extent and effect of concentration of economic power in private hands and the prevalence of monopolistic and restrictive practices in important sectors of economic activity other than agriculture.¹⁰ The act which was enacted in the era of licences, permit and control was based on the social and economic philosophy enshrined in the directive principles of the state policy contained in Indian constitution.¹¹ The principle objectives sought to be achieved through the act, as stated in the preamble to the Act were prevention of the concentration of the economic power to the common detriment; control of monopolies; prohibition of mo-

¹⁰ See S M Dugar, Commentary on MRTP Law, Competition Law, Consumer Protection Law, Vol 1, (4th Ed., Wahwa Publication, 2006) at 5 n 10; See also S. Krishnamurthi, Principles of Law Relating to MRTP (3rd Ed., Orient Law House, 1989) at 1.

¹¹ Refer Articles 38 and 39 of the Constitution Of India; See also Dugar Vol. 1, supra note 10, p. 4.

nopolistic trade practices; and prohibition of restrictive trade practices.¹² The Central Government established set up a Commission to oversee the implementation of the Act.¹³ The substantive provisions of the act as originally enacted were contained in chapters III, IV, V and VI. The Act underwent several amendments during the course of its journey till date. Prominent among them are the amendments of 1984 and 1991. In 1984, Unfair Trade Practices (UTP) Enquiries were added¹⁴ and in 1991 the Chapter dealing with Mergers & Acquisitions was deleted.¹⁵ The Act envisages to achieve its purposes by -

1. Controlling concentration of economic power which is to common detriment, chapter III, Sections 27-30;
2. Controlling the monopolistic trade practices, chapter IV, Sections 31 and 32;
3. Controlling certain restrictive trade practices, chapter VA, sections 33 to 36 and chapter VI, sections 37 to 41;
4. Controlling certain unfair trade practices, chapter VB, sections 36 A to 36 E.

The Need for Change

For the last half a century, the world economy has been experiencing a progressive international economic integration. There has been a marked acceleration in this process of globalization and also liberalization during the last three decades. In the pursuit of this globalization, India has responded by opening up its economy, removing controls and resorting to liberalization in 1991. The natural corollary of the globalization and liberalization is that the Indian market geared to face competition from within and outside. After the economic reforms of 1991, it was felt that the MRTP Act, 1969 had become obsolete in certain respects as it failed to fulfill the needs of a competition law in an age of growing liberalization and globalization.¹⁶ Thus, keeping in view the economic developments of the country, to prevent practices having adverse effect on competition, to promote and sustain competition in mar-

¹² See preamble to the MRTP Act, 1969.

¹³ Refer Section 5 of the MRTP Act, 1969.

¹⁴ See Chapter V B (consisting of sections 36A to 36 E), inserted by Act 30 of 1984 (w.e.f 1-8-1984).

¹⁵ Part A of Chapter III (consisting of sections 20 to 26) omitted by Act 58 of 1991(w.r.e.f 27-9-1991).

¹⁶ See Report of high Level Committee; supra note 1, chapter 1 and VII.

kets, to protect the interest of consumers and to ensure freedom of trade carried on by participants in markets, in India, a new competition regime has been enacted¹⁷ which has made a historic shift bringing Indian competition laws and policies in the line of competition prevailing in the global market. The new act seeks to prohibit anti competitive agreements,¹⁸ abuse of dominance,¹⁹ and to regulate combinations.²⁰ For achieving the purposes of the act, the act empowers the Central Government to establish Competition Commission of India (CCI).²¹ CCI is mandated to eliminate practices having adverse effect on competition, promote and sustain competition, protect the interests of consumers, and ensure freedom of trade carried on by other participants in the market in India²² and also to undertake competition advocacy for creating awareness and impart training on competition Law.²³ Thus, the new competition law regime has been enacted to yield to the changed and changing scenario on the economic and trade front which the old regime failed to present. The next sections provide a detail outline of the changes the new act brings in the competition law of India by comparing it with the MRTP Act, 1969.

Chapter III- APPLICABILITY AND EXTENT OF THE COMPETITION ACT

Applicability of the Competition Act

Competition Act, 2002 is applicable on enterprises.²⁴ The term enterprise is defined in section 2(h) which provides it is applicable on persons and Departments of Government but it is not applicable on sovereign functions of the Government and activities carried on by the Departments of the Central Government dealing with atomic energy, currency, defence and space.²⁵ The term person is also been exhaustively defined in section 2(l) of the Act. Thus every person, organization, institution, society, scientific society (Min-

17 See the Preamble to the Competition Act, 2002.

18 Refer Section 3, Competition Act, 2002

19 Refer Section 4, Competition Act, 2002.

20 Refer Sections 5 and 6, Competition Act, 2002.

21 Refer Section 7, Competition Act, 2002. The CCI has been established vide notification dated 14th Oct., 2003.

22 Refer section 18, Competition Act, 2002.

23 Refer section 49, Competition Act, 2002.

24 Refer sections 3-7, Competition Act, 2002.

25 Refer Section 2(h), competition Act, 2002.

istry of IT, Department of Science and Technology and CSIR) and the like which can legally be conceived shall fall within the ambit of definition of “enterprise” except of course, the exceptions listed out in Section 2(h) of the competition Act.²⁶ On the other hand the MRTP Act was applicable on the undertakings,²⁷ which is defined in section 2(v) of the Act.²⁸ Section 3 of MRTP Act limits its application as it provides for its non application to any undertaking owned or controlled by the government or government company, any undertaking owned or controlled by a corporation (not being a company) established by or under any Central, Provincial or State Act; any trade union or other association of workmen or employees formed for their own reasonable protection as such workmen or employees; any undertaking engaged in an industry, the management of which has been taken over by any person or body of persons in pursuance of any authorization made by the Central Government under any law for the time being in force; any undertaking owned by a co-operative society formed and registered under any Central, Provincial or State Act relating to co-operative societies and any financial institution.²⁹ Thus, the MRTP Act is not applicable to the Government departments, government controlled or owned undertakings, cooperative societies, trade union and financial institutions.

This brief overview of the application of the both the acts clearly establish that the Competition Act, 2002 has been given a much wider coverage than the MRTP Act which includes all government departments, government controlled or owned undertakings (with the exception of government entities engaged in sovereign functions), cooperative societies, trade union and financial institutions as there are no valid justification for the exclusion of these entities from the ambit of law in such an era of globalization and privatisation. Moreover, the definition of enterprises under competition act appears to be more explanatory rather than definition of undertakings under MRTP Act which remained a subject matter of issue in many cases.³⁰

Extra territorial Jurisdiction

Unlike the MRTP Commission, the CCI has extraterritorial jurisdiction in that it has the power to inquire into an agreement, abuse of dominant posi-

²⁶ Refer section 2(l) of the

²⁷ See chapters III, IV, V and VI of the MRTP Act.

²⁸ Refer section 2(v), MRPT Act, 1969.

²⁹ Refer section 3, MRTP Act.

³⁰ See e.g. *Carew & Company Ltd. v. Union of India*, (1976) 46 Comp Cases 121 (SC); *Union of India v. Tata Engg. & Locomotive Co. Ltd.*, (1972) 42 Comp Cas 72 (Bom).

tion or combination if such agreement or dominant position or combination has, or is likely to have, an appreciable adverse effect on competition in the relevant market in India.³¹ This is notwithstanding that an anti-competitive agreement has been entered into outside India, a party to such agreement is outside India, any enterprise abusing a dominant position is outside India, a combination or party to a combination is outside India.³² In contrast, the MRTP Commission had no statutory extraterritorial jurisdiction and the same was precluded by the judgment of the Supreme Court of India in *Haridas Exports v All India Float Glass Mfgs Association*³³ that the MRTP Act does not have extraterritorial operation and cannot apply to goods intended to be exported to India or where neither party to the agreement is carrying on business in India. Thus, the Act provides a statutory reversal of the Haridas judgment which is most required in the era of liberalization, privatization and Globalization.

Jurisdiction of the Civil Courts

Section 61 of the competition act bars the jurisdiction of the civil courts in respect of any matter in which the CCI is empowered to act, including the grant of injunctive relief.³⁴ On the other hand, under the MRTP act, the court of session and courts superior to it were also empowered to try the offences listed under the act.³⁵ Thus, the competition act provides exclusive jurisdiction of all offences mentioned under the act unlike the MRTP Act. The bar to the jurisdiction of the civil courts is essential as all the competition issues need to be dealt by a specialized Tribunal.

Chapter IV- SUBSTANTIVE STANDARD UNDER THE COMPETITION ACT

Today, most of competition laws focus on mainly three areas. These are Horizontal and Vertical Restraints; abuse of dominant position or monopolization and mergers, amalgamations, acquisitions and take-overs among en-

³¹ See generally Natashaa Shroff, Bilateral Antitrust Cooperation Agreements, 9th June, 2005, available at <http://www.competition-commission-india.nic.in> (last visited on 23rd Feb., 2008).

³² Refer Sections 32, 18, Competition Act 2002 .

³³ (2002) 111 Comp Cases 617.

³⁴ Refer section 61, Competition Act, 2002.

³⁵ Refer section 56, MRTP Act, 1969.

terprises.³⁶ The new competition act covers all the three areas of anti competitive practices. It prohibits anti competitive agreements (vertical and horizontal restrains), abuse of dominance and regulate combinations (mergers, amalgamations, acquisitions and take-overs). MRTP Act even covered Restrictive Trade Practices (Horizontal and Vertical Restrains without any distinction between the two) and Monopolistic trade practices and Concentration of Economic power (Abuse of Dominant position) but after the amendment act of 1991 the provisions relating to Mergers were deleted.³⁷ Moreover, MRTP Act also covered unfair trade practices³⁸ but now all cases of unfair trade practices has been transferred under the consumer protection Act.³⁹ This chapter analyzes the differences between the substantive standard of both the acts.

Agreements among Enterprises

Section 3 of the Competition Act prohibits any person, enterprise or association of enterprises from entering into any agreement in respect of production, supply, distribution, storage, acquisition or control of goods or provision of services *which causes or is likely to cause an appreciable adverse effect on competition within India*, and declares any such agreement void.⁴⁰ The term "agreement" includes any arrangement or understanding or action in concert whether or not the same is formal or in writing or whether or not the same is intended to be enforceable by legal proceedings.⁴¹ To determine anti competitive practices, the Competition act provides the test of appreciable adverse effect on competition.⁴² Though the phrase has not been defined, the act provides certain factors to be considered by the commission to de-

³⁶ See Overview of Members' National Competition Legislation, Note by the Secretariat, T/WGTCP/W/128/Rev.3, 27 November 2003, available at http://www.wto.org/english/ratop_e/comp_e/wgtcp_docs_e.htm (last visited on 21st Feb., 2008).

³⁷ Supra note 15.

³⁸ Supra note 14.

³⁹ Refer section 66(4), competition Act, 2002.

⁴⁰ Section 3(1)-(2), Competition Act 2002. The prohibition under section 3 is similar to the Chapter I prohibition in the UK Competition Act, 1998, modeled on Art.85 of the EC Treaty, which prohibits agreements which prevent, restrict or distort competition and may affect trade within the United Kingdom.

⁴¹ Refer Section 2(b), Competition Act 2002.

⁴² For a detail analysis of the appreciable adverse effects test see Concept paper on creation of Data Bank, available at <http://www.competition-commission-india.nic.in> (last visited on 23rd Feb., 2008).

termine such appreciable adverse effects.⁴³ On the other hand MRTP defined restrictive trade practices as a trade practice which has, or may have, the effect of preventing, distorting or restricting competition in any manner and in particular (i) which tends to obstruct the flow of capital or resources into the stream of production, or (ii) which tends to bring about manipulation of prices, or conditions of delivery or to affect of supplies in the market relating to goods or services in such a manner as to impose on the consumers unjustified cost or restrictions.⁴⁴ The competition act provides a distinction between a distinction between horizontal and vertical agreements between the firms which were put under the same umbrella under the MRTP Act.

The horizontal agreements are agreements among the enterprises which are at the same stage of production chain, and in the same market.⁴⁵ These are certain agreements or practices, which, because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue, are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate enquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use.⁴⁶ Section 3(3) of the Competition Act creates such a legal presumption under which several types of horizontal agreements or practices are presumed to have appreciable adverse affect on competition and thus are deemed to be anti-competitive agreements. The presumption that certain agreements are per se void is taken from US law as per the High level Enquiry Committee recommendations.⁴⁷ Under s.3(3), any agreement entered into between enterprises or persons or association of enterprises or persons, or between any person and enterprise, or any practice carried on, or decision taken by, any association of enterprises or association of persons, including cartels, engaged in identical or similar trade of goods or provision of services which:

- (1) directly or indirectly determines purchase or sale prices;

⁴³ Refer section 19(3), Competition Act, 2002.

⁴⁴ Refer section 2(o), MRTP Act, 1969.

⁴⁵ *Ibid* at para 4.3.4.

⁴⁶ *Northern Pacific Railway Co v United States*, 356 US 1 (1958); See also *Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pac. Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284, 290 (1985) (stating that certain group boycotts are per se unlawful because they 'are so likely to restrict competition without any offsetting efficiency gains that they should be condemned as per se violations'). See also Thomas G. Krattenmaker, *Per Se Violations in Antitrust Law: Confusing Offenses with Defenses*, 77 *Geo. L.J.* 165, 172-73 (1988).

⁴⁷ See Report of High level Enquiry Committee, *supra* note 1 at paras 4.3.4-4.3.8.

(2) limits or controls production, supply, markets, technical development, investment or provision of services;

(3) shares the market or source of production or provision of services by way of allocation of geographical area of market or type of goods or services or number of customers in the market or any other similar way,

(4) directly or indirectly results in bid rigging or collusive bidding

is presumed to have an appreciable adverse effect on competition, and therefore, constitute an anti-competitive agreement.⁴⁸

Vertical agreements are agreements between the enterprises which are at different stage of production chain, and therefore in different market.⁴⁹ Section 3(4) of the Act provides that a vertical agreement between enterprises are considered anticompetitive agreements only if such agreement causes or is likely to cause an appreciable adverse effect on competition in India and thus are subjected to the test of rule of reason.⁵⁰ The Act provides the following five examples of such vertical agreements which are prohibited if a showing as to an appreciable adverse effect on competition is made:

(1) tie in arrangement;

(2) exclusive supply agreement;

(3) exclusive distribution agreement;

(4) refusal to deal;

(5) re-sale price maintenance.⁵¹

However, under the MRTP Act, there exist no distinction between the horizontal and vertical agreements and both are presumed to be restrictive trade practices.⁵² Moreover, there was a requirement of all such agreements of earlier registration under the MRTP⁵³ which has been eliminated under the competition act, 2002. Though it may appear that many of the anti competitive practices wrapped under the Competition Act may be covered by any of clauses of section 33(1) of the MRTP Act. But the High level Enquiry committee noted that "Experience shows that there has been a plethora

⁴⁸ Refer section 3(3), Competition Act, 2002.

⁴⁹ See Report of High level Enquiry Committee, supra note 1, para 4.3.9.

⁵⁰ Refer Section 3(4), Competition Act 2002. For the meaning of Rule of Reason see Alan J. Meese, Price Theory, Competition, and the Rule of Reason, 2003 U. Ill. L. Rev. 77.

⁵¹ See Report of High level Enquiry Committee, supra note 1, para 4.3.9.

⁵² Refer section 33, MRTP Act, 1969.

⁵³ Refer section 35, MRTP act, 1969.

of decisions on some of the clauses of section 33(1) of the Act, often at variance with one another. For instance, in dealing with concessions, benefits, discounts, etc., there has been a string of decisions not necessarily in consonance with each other. Cartels, to give another illustration, are not mentioned or defined in any of the clauses of section 33(1) of the MRTP Act.”⁵⁴ Moreover, the committee even noted that “while complaints relating to anti-competition practices can be tried under the generic definition of restrictive trade practice, the absence of specification of identifiable anti-competition practices always gives room to different interpretations by different courts of law, with the result that the spirit of the law may escape being captured and enforced. While a generic definition may be necessary and may form the substantive foundation of the law, it still will be necessary to identify specific anti-competition practices and define them so that the scope for a valve or opening on technical grounds for the offending parties to escape indictment may not obtain.”⁵⁵ Thus based on the recommendations of the High level Enquiry Committee, the new act provides a detailed analysis of all anti competitive practices with a proper definition which does not provide any ground for offending party to escape the indictment. For instance the new act now defines cartels, bid rigging and all vertical agreements.⁵⁶ Thus, the Competition act covers all anti competitive agreements in a more beautiful and detailed manner as required in the present era.

Abuse of Dominant Position

Section 4(1) of the competition Act prohibits any enterprise or group to abuse its dominant position.⁵⁷ The act also states that there shall be an abuse of dominant position if an enterprise or group imposes unfair or discriminatory conditions or prices in the purchase or sale of goods or provision of services; if it limits or restricts production of goods or provision of services or technical and scientific development; it denies market access or; uses its dominant position to enter another market or makes conclusion of contracts subject to acceptance by other parties of supplementary obligation which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts; sells goods or provides services at prices which is

⁵⁴ See Report of High level Enquiry Committee, supra note 1, para 7.2

⁵⁵ *Ibid* at para 7.2.1.

⁵⁶ Refer section 2(c), explanation to section 3(3) and explanation to section 3(4) respectively, Competition Act, 2002.

⁵⁷ Refer section 4(1), Competition Act, 2002 as amended by the Competition Amendment Act, 2007.

below the cost-the predatory price.⁵⁸ Under the MRTP Act the nomenclature of monopolistic trade practices was used instead of abuse of dominant position.⁵⁹ Though the definition of the two terms is by and large the same, there exist few differences. It is interesting to note that dominant position under the Competition Act, 2002 is not defined on the basis of any arithmetical parameters or any particular share of the market as is the case in the MRTP Act, 1969.⁶⁰ On the other hand, dominance of an enterprise under the Competition Act is judged by its power to operate independently of competitive forces or to affect its competitors or consumers in its favour, in the relevant marketing, in India.⁶¹ The Competition act brings the concept of relevant market to determine the position of dominance of an enterprise which was not there under the MRTP Act. The act also provides the test for the determination of relevant market which may be determined with reference to the relevant product market or the relevant geographic market or with reference to both.⁶² Furthermore, the act defines relevant product market and relevant geographic market and provides certain factors for their determination.⁶³ The Competition Act also lays down a number of factors which the Commission needs to take into consideration in determining whether an enterprise enjoys a dominant position or not, such as market share, size and resources of the enterprise, size and importance of competitors, economic power of the enterprises, vertical integration of the enterprises, entry barriers, etc. which would involve a fair amount of economic analysis and the same were again absent under the MRTP Act.⁶⁴

The competition act also makes the predatory pricing as an offence under abuse of dominant position and provides a definition of it which was not de-

58 Refer section 4(2), Competition Act, 2002 as amended by the Competition Amendment Act, 2007.

59 Refer section 2(i) read with section 31, MRTP Act, 2002.

60 Refer 2(d), MRTP Act, 1969.

61 Refer Explanation (a) to section 3(2), Competition Act, 2002.

62 Refer section 2(r), Competition Act, 2002.

63 Refer sections 2(s) and 2(t), Competition Act, 2002 for the definitions of relevant geographical market and relevant product market respectively. See sections 19(6) and 19(7), Competition Act, 2002 for the factors for determining relevant geographic market and relevant product market respectively.

64 Refer section 19(4), Competition Act, 2002.

fined under the MRTP Act and the same was a restrictive trade practice under 33(1)(j).⁶⁵

Thus, though, the new competition act retains many concepts of MRTP Act in relation to abuse of dominant position but provides certain new concepts like relevant market, relevant product market, relevant and relevant geographic market and also provides the predatory pricing as an offence under it with a an unambiguous definition.

Mergers, Amalgamations, Acquisitions and Take-overs (Combinations)

Though mergers and acquisitions are considered as a legitimate means by which firms can grow and are generally as much part of industrial evolution and restructuring as new entry, growth and exit but sometimes merger and amalgamation create market power which may be abused.⁶⁶ A merger may have anti-competitive effects in two ways: either the competitors of the merged firm have no capacity to react to a possible reduction in output arising from the merger or competitors do have the capacity to do so, but do not use it because a collusive behaviour is sustainable.⁶⁷ In order to control the abuse of mergers, acquisitions, amalgamations and take-overs, the Competition Act provides a regulatory mechanism. The Competition act provides that no person or enterprise shall enter into a combination, in the form of an acquisition, merger or amalgamation, which causes or is likely to cause an appreciable adverse effect on competition in the relevant market and such a combination shall be void.⁶⁸ All combinations do not call for scrutiny unless the resultant combination exceeds the threshold limits specified in terms of assets or turnover specified under the act.⁶⁹ It is to be noted that the Competition Act does not make a distinction between horizontal, vertical and conglomerate mergers and provides the same threshold test for all of them.

Part III of the MRTP Act, 1969 provided for the prior approval of central government for any scheme of merger or amalgamation or for any takeover relating to an undertaking the value of assets of which (alongwith its interconnected undertakings) was not less than Rs. 100 crores or which was a dominant undertaking having the value of its assets (alongwith its intercon-

⁶⁵ Refer Explanation (b) to section 3(2), Competition Act, 2002.

⁶⁶ See generally Report of the high level Committee, supra note 1, paras 4.6.1-4.6.3.

⁶⁷ See Poulami Chatterjee, Horizontal Mergers Guidelines available at <http://www.competition-commission-india.nic.in>

⁶⁸ Refer section 6(1), Competition Act, 2002.

⁶⁹ Refer section 5, Competition Act, 2002 annexed as Annexure G.

nected undertakings) not less than 1 crore.⁷⁰ The said provisions of law were deleted by the MRTP amendment act, 1991.⁷¹ The said provisions of law, it seems, have again been revived under section 5 of the competition act with certain changes as to the threshold limit of the value of assets or turnover. However, test under the MRTP Act, 1969 was the likelihood of concentration of economic power to the common detriment or the likelihood of being prejudicial to public interest.⁷² On the other hand the Competition Act incorporates the appreciable adverse effects test.⁷³ Moreover, the new act brings various new concepts under the provision of Combinations like relevant market, assets/turnover outside India etc. Furthermore, the power to regulate combinations under the Competition Act vests with the CCI while under the MRTP Act, the power rested with the Central government.⁷⁴ Furthermore, after the Competition Amendment Act, 2007, the Competition Act also imposes a mandatory notice requirement on parties entering into a merger or acquisition.⁷⁵ A person or enterprise is mandated to give a notice to the CCI of the proposed combination within thirty days of: i) approval of the proposal by the board of directors of the enterprises concerned or execution of any agreement or other document for acquisition or; ii) execution of any agreement or other document for acquisition referred to in clause (a) of section 5 or acquiring of control referred to in clause (b) of that section.⁷⁶ It is also to be noted that both the acts provides for the division of undertakings. Section 27 of MRTP provides that the central government, if it is of the opinion that the working of an undertaking is prejudicial to the public interest, may order for the division of any trade of the undertaking or division of the undertaking or interconnected undertakings.⁷⁷ Similarly, the CCI may recommend to the central government for the division of an enterprise enjoying dominant position.⁷⁸

⁷⁰ Refer the repealed sections 20 and 23, MRTP Act, 1969.

⁷¹ Supra note 15.

⁷² Refer repealed section 23A, MRTP Act, 1969.

⁷³ Refer section 6(1), Competition Act, 2002.

⁷⁴ Refer repealed section 23, MRTP Act, 1969. See also sections 29-31, Competition Act, 2002.

⁷⁵ Refer section 6(2), Competition Act.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Refer section 27, MRTP Act, 1969

⁷⁸ Refer section 27(f), Competition Act, 2002.

Thus, apart from the threshold difference and few other conceptual differences the provision of combinations under the Competition Act appears to be a revival of the repealed provisions of MRTP Act (sections 20-26) and hence the same can be called an old wine in a new bottle. However, the incorporation of the provisions on combinations under the Competition Act is to the need of the present liberalization, privatization and globalization.

CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS

In the absence of a generally accepted definition of the phenomenon of Competition, it has to be regarded as the object fostered and protected by Competition Policy and Law. Competition is said to be an essential element for the promotion of economy efficiency and overall welfare. In this light, India government passed the Monopolies and Restrictive trade practices Act, 1969. The Act was enacted in the line of socialist economic model and focused on preventing the concentration of economic power to common determinant, controlled monopolies and prohibited monopolistic, restrictive and unfair trade practices. And after years of following a strategy of state planned economic development, involving myriad controls and licenses, India embarked upon the road to a market driven economy. In order to respond to these economic reforms, the Indian government, based on High Level Inquiry Committee recommendations enacted a new Competition Act in 2002. This competition act seeks to replace the existing MRTP Act, 1969. It establishes Competition Commission of India to eliminate practices having adverse effect on competition, promote and sustain competition, protect the interests of consumers, and ensure freedom of trade carried on by other participants in the market in India. The Competition Act prohibits Anti competitive agreement, abuse of dominant position and regulate combinations. The new Act brings a sea change difference in the competition law regime in India. Following are the major changes brought in the Competition law in India by the Competition Act, 2002.

1. The Competition Act has been given a much wider coverage than the MRTP Act. It is applicable on all government departments, government controlled or owned undertakings (with the exception of government entities engaged in sovereign functions), cooperative societies, trade union and financial institutions. Whereas, the MRPT Act is not applicable on the above entities.

2. The Competition Act gives CCI extraterritorial jurisdiction which was not provided under the MRTP Act.

3. Competition Act bars the jurisdiction of the civil courts in respect of any matter in which the CCI is empowered to act, including the grant of in-

junctive relief whereas the MRTP never barred the jurisdiction of civil courts.

4. The Competition Act has adopted the "appreciable effects test" with respect to anticompetitive agreements and concerted practices.

5. The Competition Act subjects certain horizontal agreements to the per se rule of invalidity while vertical agreements are subjected to the "rule of reason" test. On the other hand under MRTP Act there exist no distinction between the horizontal and vertical agreements and both are presumed to be restrictive trade practices.

6. MRTP Act provides for registration of agreements as compulsory whereas in the new act there is no requirement for registration.

7. The Competition Act now defines cartels, bid rigging and all vertical agreements.

8. The "dominant position" under the Competition Act is not defined on the basis of any arithmetical parameters or any particular share of the market as is the case in the MRTP Act.

9. The Competition Act brings the concept of "relevant market" to determine the position of dominance of an enterprise which was not there under the MRTP Act. It also provides certain factors for its determination. Furthermore, the act defines relevant product market and relevant geographic market and provides certain factors for their determination.

10. The competition act also makes the predatory pricing as an offence under abuse of dominant position and provides a definition of it which was not defined under the MRTP Act and the same was a restrictive trade practice under it.

11. The Competition Act revives the repealed provisions of MRTP Act under such 20-26 relating to Mergers and Acquisitions and provides a new threshold limit for the application of the provision.

12. The Competition act brings various new concepts under the provision of Combinations like relevant market, assets/turnover outside India etc.

13. The power to regulate combinations under the Competition Act vests with the CCI while under the MRTP Act, the power rested with the Central government.

To sum up, the Act represents a paradigm shift from the socialist concern that only the state should be allowed to concentrate economic power to the promotion of competitive markets thereby promoting investor confidence in the liberalised Indian economy. However, it is to be noted that many countries have adopted competition laws but have never quite managed to suc-

cessfully enforce them.⁷⁹ This is not to say that the challenges for India should be insurmountable. As stated by the economic Nobel laureate Joseph Stiglitz, "strong competition policy is not just a luxury to be enjoyed by rich countries, but a real necessity for those striving to create democratic market economies."⁸⁰ The development of competition law in India should not be a goal in itself, the law should not become just a decorative tool, and its enforcement should aim to bring about increased economic efficiency and improved public welfare. From this perspective, competition law enforcement is in line with India's ideological aspiration towards "economic justice", "equality of status and opportunity" and "fraternity assuring the dignity of the individual and the unity and integrity of the nation."⁸¹

⁷⁹ For instance Thailand enacted its first law in 1979, which was never implemented and the enforcement records of the new law promulgated in 1999 were extremely poor; Egypt took almost a decade to enact a competition law since the first draft in 1995, and even after adoption, there was no certainty that the law could be implemented effectively. More or less similar situations can be found in countries like Indonesia, Pakistan, Sri Lanka, and Malawi. See generally CUTS International, *Introductory Chapter: Promoting a Healthy Competition Culture around the World in Competition Regimes in The World--A Civil Society Report* (Pradeep S. Mehta ed., 2006).

⁸⁰ Joseph E. Stiglitz, *Competing over Competition Policy* (Aug. 2001), <http://www.project-syndicate.org/commentary/stiglitz5> (last visited on 23rd Feb., 2008).

⁸¹ See Preamble to the Indian Constitution, 1950.

Tez Özetleri

CEZA MAHKUMİYETİNE BAĞLI HAK YOKSUNLUKLARI*

*Dr. Murat AKSAN***

I. GİRİŞ

Toplumsal düzenin bozulmaması ve şahsiyetini geliştirebilmesi için muhatabı bulunduğu davranış normlarına uygun davranmak yükümlülüğünde olan insan, bu yükümlülüğüne aykırı hareket etmesinin sonucu olarak bir yaptırımla karşılaşır. Bu yaptırımlardan birisi de kişinin bir takım hak yoksunluklarına maruz bırakılmasıdır. Eski TCK kişinin yoksun kalacağı, yasaklanacağı bu hakları 20. maddesinde kamu hizmetlerinden yasaklılık, 35. maddesinde meslek ve sanattan yasaklılık, 33. maddesinde ise kanuni kısıtlılık ile babalık ve kocalık hakkından yoksunluk şeklinde öngörmüştü. Yeni TCK ise hangi haklardan yoksun kalınacağını 53. maddesinde “belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” başlığı altında belirlemiştir. Gerek eski TCK gerekse yeni TCK’da öngörülen hak yoksunluklarına bakıldığında kişinin vatandaş olarak sahip olduğu bir çok hakkı kullanmaktan yoksun bırakıldığı görülmektedir. Örneğin seçme ve seçilme hakkı ve siyasi parti kurma, siyasi partiye girme hakkı; kamu görevlisi olma hakkı; velayet hakkı ve vesayete ilişkin bir görev alma; meslek ve sanatın icrası hakkı bu yaptırım kapsamında yer alan haklardandır. Yoksun bırakılan hakların genişliği nedeniyle Anglo-Amerikan hukuk sisteminde hak yoksunluğu yaptırımı “medeni ölüm” olarak nitelendirilmiştir¹.

Kişinin yoksunluk kapsamındaki haklar açısından medeni ölü sayılmasını, hukuken yok farz edilmesini sonuçlayan hak yoksunluğu yaptırımı bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Hak yoksunlukları yaptırımı ceza kanunumuza göre ceza mahkumiyetinin sonucu olarak ortaya çıkabildiği gibi

* Bu çalışma S.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında hazırlanan ve 3.08.2007 tarihinde savunulan aynı isimli doktora tezinin özeti olarak hazırlanmıştır.

** S.Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

¹ **Alpaslan**, M. Şükrü: “Türk Ceza Kanununda Fer’i ve Mütemmim Cezalar”, in: Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976), İstanbul 1977, s. 229-230.

hakim tarafından zorunlu olarak hükmedilmekle ve hakimnin takdir yetkisine bağlı olarak hükmedilmekle de çıkabilmektedir. Ancak, çalışmanın sınırlarını aşmamak amacıyla burada, sadece ceza mahkumiyetinin sonucu olarak ortaya çıkan hak yoksunluklarının kapsamı ve uygulanma şartlarından bahsedilmekle yetinilmektedir.

II. CEZA MAHKUMİYETİNİN SONUCU OLARAK ORTAYA ÇIKAN HAK YOKSUNLUKLARI

1. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu suç karşılığında öngörülen yaptırımları, ceza ve güvenlik tedbirleri olarak belirlemiştir. Hak yoksunluğu doğuran bir yaptırım olarak da TCK'nın 53. maddesinde belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbirine yer vermiştir. Yeni TCK bu maddede; eski TCK'da tür, kapsam, süre ve infazın başlangıç zamanı bakımından farklı maddelerde, dağınık bir şekilde yer verilen hak yoksunlukları ile ilgili hükümleri, bir başlık altında düzenlemiştir². Ceza mahkumiyetinin sonucu olarak ortaya çıkan hak yoksunlarını ise birinci fıkrasında hüküm altına almıştır.

2. Kapsamı

Toplumsal ilişkiler genellikle güven üzerine kuruludur ve suç işlemekle kişi bu güvene dayalı ilişkiyi ihlal etmektedir. Böylece kişi kendisine karşı duyulan güveni yitirmektedir. Bu nedenle de suç işleyen kişi özellikle güven ilişkisini gerekli kılan belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmaktadır³. Yeni TCK 53/1. maddesinde kişinin hangi hakları kullanmaktan yoksun bırakılacağını sayma yöntemiyle ve sınırlı olarak belirlemiştir⁴. Aşağıda

2 “(5237 sayılı TCK’nu 53. maddesi hükmü) ile 765 sayılı Yasanın 20, 25, 31, 33, 34 ve 35. Maddelerinde yer alan hak mahrumiyetleri ve kısıtlılıklar tek bir Madde altında toplanmıştır.”, YCGK, 14.2.2006, 13-16, (Yalvaç, Gürsel: “Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararları Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu”, HPD, Eylül 2006/8, s. 37).

3 **Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2006, s. 677; **Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s. 613; **Koca**, Mahmut: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Hekimler Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar”, YÜHFD, C. 3, 2006/2, s. 175.

4 **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 613; **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 677; **Koca**, Hekimler, s. 176; **Yılmaz**, Zekeriya: “Ceza Kanunumuzda Mahkumiyete Bağlı Hak Yoksunlukları”, ABD, Yıl 64, 2006/2, s. 35; **Yılmaz**, Zekeriya: “Hak Yoksunlukları ve ‘Hakların Geri Verilmesi’ Kurumu Üzerine Bir Değerlendirme”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 2, Mart 2007/7, s. 88.

maddenin sistematliğini esas alarak bentlerde öngörülen sıralamaya göre hak yoksunluklarını inceleyeceğiz.

A. Kamu Görevinin Üstlenilmesinden Yoksunluk

a. Kamu Görevi ve Kamu Görevlisi Kavramları

Yeni TCK'nın ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olan belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma kapsamındaki ilk yoksunluk hali kamu görevinin üstlenilmesinden yoksunluktur. Bu yoksunluk TCK'nın 53/1a maddesinde hükme bağlamıştır. Öncelikle maddenin düzenlemesine bakıldığında eski TCK'nın 20. maddesinde kamu hizmeti kavramına dahil olarak düzenlenen memuriyetten yasaklılık hükmüne benzer bir hükmün TCK'nın 53/1. maddesinde ayrı bentte bağımsız olarak yer aldığı görülmektedir. Ancak yeni TCK'nın memur kavramı yerine kamu görevlisi kavramını benimsemesinin sonucu olarak kamu görevi üstlenilmesinden yoksunluk şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Bununla birlikte maddede, üstlenilmesinden yoksun kalınacak kamu görevleri gösterilmekle birlikte kamu görevi kavramı tanımlanmamaktadır. Bu kavramın ne anlama geldiğini ise eski TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde yapılan açıklamalara bakarak belirlemeye çalışacak olursak; bu dönemde kamu görevi kavramı bağlantılı olduğu kamu hizmeti kavramı ile birlikte açıklandığı için biz de bu usulü takip ederek kamu görevi kavramını ortaya koymaya çalışacağız. Kamu hizmeti ve kamu görevi kavramlarının anlamları açıklanmak bakımından doktrinde çok çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Fakat çalışmanın sınırlarını zorlamamak düşüncesiyle ileri sürülen görüşlerinden bazılarına yer verilecektir.

Doktrinde bazı yazarlar kamu hizmeti ve kamu görevi kavramlarının aynı anlamda olduğunu ve aralarında fark olmadığını belirtmişlerdir⁵. Yargıtay

⁵ **Soyaslan**, Doğan: “Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar)”, AÜHFD, C. 45, 1996/1-4, s. 49; **Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 2002, s. 592; **Dönmezer**, Sulhi: “Ceza Usulünün 173, 174, 175 inci Maddeleri, Memurin Muhakemat Kanunu Bakımından Memur (Mahkeme İçtihatları Kroniği)”, İHFM, C. 9, 1943/1-4, s. 822, 824; Fakat Dönmezer, daha sonraki bir eserinde “amme vazifesi, devlete ait icrai karar alma yetkisinin, kamu otoritesinin kullanılmasını gerektiren fonksiyonlardır. Devlete ait icra gücünün ve iktidarın kullanılmasına gerek olmadan da yerine getirilebilen devlet faaliyetlerine ise amme hizmeti denilir” diyerek her iki kavramın farklı anlamlara sahip olduğunu ifade etmiştir (**Dönmezer**, Sulhi: Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1984, s. 75).

da bazı kararlarında her iki kavramı eş anlamda kullanmıştır⁶.

Doktrinde çağımız devletinin bir hizmet devleti olması nedeniyle kamu kudreti kavramının yerini kamu hizmeti kavramına bıraktığı⁷, kamu hizmetinin en karakteristik özelliğinin kamu hukuku usullerinin kullanılması olduğu ve bu kamu hizmetine katılımın seçimle, atama yoluyla, mükellefiyet suretiyle, sözleşmeyle veya kendiliğinden olabileceği ifade edilmektedir⁸. Kanaatimizce bu ifadeyle, sözkonusu yazarlar tarafından kamu hizmeti ve kamu görevi kavramlarının eş anlamda kullanıldığı söylenebilir.

Çoğunlukta olan yazarlar ise kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarının aynı anlamda olmadığını, farklı anlamlara sahip olduğunu savunmaktadırlar. Bununla birlikte bu yazarlar, her iki kavram arasındaki farkın ne olduğu konusunda farklı görüşlere sahiptirler: Bu görüşte olan bir kısım yazarlar, devletin görevlerini asli ve tali görevler olarak ikiye ayırarak kamu hizmeti ve kamu görevi kavramlarını açıklamaya çalışmaktadırlar. Bunlara göre devletin bazı görevleri asli görevdir ve bu görevler olmadan devlet düşünülemez; bazı görevleri ise tali mahiyettedir, yani zorunlu değil, faydalı görevlerdir. İşte bu yazarlara göre devletin asli görevlerinin yerine getirilmesi için yapılan faaliyetler kamu görevini, tali görevlerinin yerine getirilmesi için yapılan faaliyetler ise kamu hizmetini oluşturmaktadır⁹. Yargıtay'ın da bir

⁶ Yargıtay'ın bu yönde kararlarına, Cezaevi gardiyanlarını amme hizmeti gördükleri için memur sayan kararı (4. CD, E. 8287, K. 1660, KT. 12.9.1936); ve yine haklarında barem kanunu tatbik edilmeyen ölçme memurlarının da gördükleri işin amme hizmeti olması sebebiyle memur sayan kararı (4. CD, E. 6655, K. 6631, KT. 23.6.1945) örnek olarak verilebilir (**Kıyak**, Fahrettin/**Çağlayan**, M. Muhtar/**Şenel**, Cebbar: Nazari veya Tatbiki Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler, Ankara 1960, s. 252).

⁷ **Aymakoğlu**, Nursel: “Kişinin Kamu Hizmetine Girme ve Kamu Hizmetinde Kalma Hakkı”, in: Haz. **Gülmez**, Mesut: İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri, TODAİ, Ankara 1992, s. 187; **Chapman**, Brian (Çev. Cahit **Tutum**): İdare Mesleği Avrupada Devlet Memurluğu, Ankara 1970, s. 27-28; **Tutum**, Cahit: “Kamu Personeli Sorunu”, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi İkinci Kitap Kamu Yönetimi, (Ankara 1-4 Mayıs 1990), s. 567; **Kanlıgöz**, Cihan: “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı”, AÜHFD, C. 43, 1993/1-4, s. 170, dn. 1.

⁸ **Aymakoğlu**, s. 187.

⁹ Bkz. **Ermən**, Sahir: “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, C. 2, 1947/3-4, s. 243-244; **Erem**, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, C. 4, 3. Baskı, Ankara 1985, s. 78; **Kunter**, Nurullah: “Ceza Tatbikatında Amme Vazifesi ve Amme Hizmeti Tefriki ve Avukatların Durumu (Mahke-

kararında bu görüşü benimsediği görülmektedir¹⁰. Fakat bu görüş, asli olanla, tali olan görev ayrımının her şeyden önce siyasi bir ayrım olması ve çeşitli görüşlere göre değişebilmesi¹¹; ayrıca sözkonusu ayrımın tek başına kamu hizmeti ve kamu görevi kavramları arasındaki farkı ortaya koyamayacağı, başka kritere de ihtiyaç duyulacağı gerekçeleri ile eleştirilmekten kurtulamamıştır¹².

Çoğunluk görüşünde olan ve görüşlerine bizim de katıldığımız bazı yazarlar ise kamu görevini, Devlete (kamuya) ait hukuki iktidar ve yetkinin kullanılması suretiyle gerçekleştirilen faaliyetler; kamu hizmetini de Devlete ait hukuki iktidar ve yetkini kullanılmasını gerektirmeyen faaliyetler olarak tanımlamaktadır¹³. Yargıtay'ın da aynı yönde kararları bulunmaktadır¹⁴.

me İctihatları)", İHFM, C. 13, 1947/1, s. 765; **Önder**, Ayhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1987, s. 88; **Soyaslan**, Memur Kavramı, s. 46-47; **Soyaslan**, Özel Hükümler 4. Baskı, s. 590; **Gürelli**, Nevzat: Rüşvet ve İrtikap Cürümleri, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1954, s. 50; **Donay**, Süheyl: "Türk Hukukunda Zimmet", MHAD, Yeni Seri, Yıl 2, 1968/3, s. 31; **Selçuk**, Sami: "İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramları, YD, C. 23, Ocak-Nisan 1997/1-2, s. 35; **Şekercioğlu**, C. Metin: Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı, İstanbul 1974, s. 14-15; **Dülger**, İbrahim: Zimmet ve İhtilas Cürümleri, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 1990, s. 9; **Kıyak/Çağlayan/Şenel**, s. 251; **Yaşar**, Hakkı: "Ceza Kanunu ve Uygulamasında Memur Kavramı ve Memuriyet Görevini İhmal Köttüye Kullanma Suçlarının Tahlihi ve Tatbiki", AD, Yıl 57, Kasım 1966/11, s. 813; **Gözübüyük**, Abdullah Pulat: "Ceza Hukukunda Memur ve Hizmetli Kavramları (TCK. nun 279, 280 ve 281 maddeleri)", AD, Yıl 61, Ocak 1970/1, s. 8-9.

¹⁰ Bkz. Yargıtay Hususi Daire E. 173, K. 116, KT. 4.3.1947 (**Kunter**, Kronik, s. 755 vd).

¹¹ Bkz. **Erem**, C. 4, s. 79; **Dülger**, Zimmet, s. 10; **Yaşar**, s. 813-814.

¹² Bkz. **Erman**, Memur, s. 245; **Gürelli**, Rüşvet, s. 50-51.

¹³ **Erman**, Memur, s. 250; **Erman**, Sahir: Sahtekarlık Suçları, Yeniden Yazılmış 4. Bası, İstanbul 1981, no. 253; **Erman**, Sahir/**Özek**, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992, no. 918; **Dönmezer**, Özel Ceza Hukuku Dersleri, s. 75; **Yarsuvat**, Duygun: "Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri", İHFM, C. 30, 1964/3-4, s. 683-684; **Donay**, Zimmet, s. 33-34; **Özgenç**, İzzet: "Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)", SHFD, C. 4, 1994/1-2, s. 333; **Özgenç**, İzzet: Uygulamalı Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1998, s. 260; **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 98-99; **Özgenç**, İzzet/**Sahin**, Cumhur: Uygulamalı Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Ankara 2001, s. 428-429; **Demirbaş**, Timur: "Türk Ceza Kanununda

Kamu görevi ve kamu hizmeti ile ilgili yapılan bu açıklamalardan sonra kamu görevlisi ve kamu hizmetlisi kavramları tarif edilecek olursa; öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki, yukarıda açıklanan farklı görüşlere göre kamu görevlisi ve kamu hizmetlisi kavramlarının tanımlamalarının değişeceği bir gerçektir. Örneğin kamu görevini devletin asli görevlerinin yerine getirilmesi olarak algılayan görüşe göre kamu görevlisi, devletin asli görevlerini yerine getiren kişi, diğerleri ise kamu hizmetlisi olarak tanımlanabilirken¹⁵; bizim de katıldığımız görüşe göre ise kamu görevlisi, Devlete (kamuya) ait iktidar ve yetkinin kullanılması suretiyle hukuki tasarrufta bulunan veya fiil icra eden kişi, diğerleri ise kamu hizmetlisi şeklinde tanımlanabilecektir¹⁶. Kamu görevini Devlete ait iktidar ve yetkinin kullanılması olarak kabul etmek ve bu iktidar ve yetkiyi kullananları da kamu görevlisi olarak tanımlamak kamu görevlisi kavramının kapsamını çok daraltmış olmaktadır. Çünkü böyle kabul edilecek olursa, sadece iktidar ve yetkinin kaynağındaki kimseler kamu görevlisi olabilecek, başka kimseler bu kapsamda değerlendirilemeyecektir. Bu itibarla, bu sakıncayı gidermek için toplumun gelişmesiyle birlikte devlete ait iktidar ve yetkinin kullanılmasına katılan ve yardım edenlerin de kamu görevlisi sayılması kaçınılmaz olmaktadır. Ama bunun da kamu görevlisi kapsamını sınırsız denecek kadar genişletebilecek olması nedeniyle, bir kişinin kamu görevlisi olabilmesi için ikinci bir şartın daha aranması lüzumu ortaya çıkmıştır; bu şart da, devlete ait iktidar ve yetkinin kullanılmasına katılma ve yardımın kamu hukuku usulüne göre yapılmış olmasıdır¹⁷. Yapılan bu açıklamalara göre kamu görevlisini, Devlete ait iktidar ve yetkiyi

Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri”, DEÜHFD, C. 3, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Ankara 1988/1-4, s. 254-255; **Dülger**, Zimmet, s. 12 vd.

¹⁴ Bkz. YCGK, E. 1985/1-410, K. 1985/595, KT. 25.11.1985 (YKD, C. 12, Mart 1986/3, s. 411 vd.); YCGK, 20.2.1989, 17/67 (**Uygun**, Mehmet/**Savaş**, Vural/**Mollamahmutoğlu**, Sadık: Ceza Genel Kurul Kararları (1988-1989-1990-1991), Ankara 1991, no. 182); YCGK, 1986/679, 21.12.1986 (**Arıca**, Mehmet Nadir: Memur Suçları ve Soruşturması, Ankara 2000, s. 261).

¹⁵ **Erem**, C. 4, s. 78; **Şekercioğlu**, s. 15; **Gözübüyük**, Memur ve Hizmetli, s. 8-9.

¹⁶ **Özgenç**, Karar İncelemesi, s. 334; **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 99; **Özgenç/Şahin**, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 429.

¹⁷ Bkz. **Erman**, Sahtekarlık Suçları, no. 253; **Gürelli**, Rüşvet, s. 52; **Dülger**, Zimmet, s. 14; Nitekim Danıştay, kurum ile personel arasındaki ilişkinin niteliğini belirlerken, personel ve kurum arasındaki ilişkinin bir kamu hukuku mu yoksa bir özel hukuk ilişkisi mi olduğuna bakmaktadır. Bkz. D5D, E. 1972/645, K. 1975/7739, KT. 26.11.1975, (DD, Yıl 6, 1976/22-23, s. 230 vd.).

kullanarak hukuki tasarruflarda bulunan veya fiil icra eden kişilerle, bu hukuki tasarruf veya fiillerin icrasına kamu hukuku usulüne göre katılanlardır şeklinde tanımlamak mümkündür. Dolayısıyla kamu hizmetlisini de, Devlete ait iktidar ve yetkiyi kullanmak suretiyle bir hukuki tasarruf veya fiilde bulunmayanlar ve kamu hukuku usulüne göre de bu hukuki tasarruf veya fiille katılmayanlar olarak tarif etmek sözkonusu olmaktadır¹⁸.

Kamu görevlisinin bu göreve seçimle (milletvekili, belediye başkanı gibi) veya atama yoluyla gelmesinin (vali, kaymakam), sürekli (Devlet Memurları Kanuna göre memuriyet gibi) veya geçici (bilirkişi, tercüman gibi) olarak kamu görevini üstlenmesinin, hatta para veya diğer bir menfaat elde edip etmemesinin bir önemi yoktur¹⁹. Bu itibarla kamu görevlisi kavramı, memur kavramından daha geniş bir kapsama sahiptir. Başka bir deyişle kamu görevlisi kavramının memur kavramını da kapsayıcı bir anlamı vardır. Bu bakımdan memur da bir kamu görevlisi çeşidi olmaktadır²⁰.

Ancak memur kimdir diye sorulduğunda, bir tarif vermek hiç de kolay değildir²¹. Çünkü her hukuk dalı kendine göre bir memur tanımı vermektedir. Örneğin Anayasa m. 128 ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.

-
- 18 **Erman**, Memur, s. 252; **Erman**, Sahtekarlık Suçları, no. 253; **Öztürk**, Bahri: “Memurların Özel Bir Muhakeme Usulüne Tabi Olmasının Sakıncaları ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.1, 1978/1, s. 56; **Demirbaş**, Memuriyet, s. 255; **Toroslu**, Nevzat: Ceza Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2004, s. 211.
- 19 **Özgenç**, Karar İncelemesi, s. 334; **Özgenç**, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 260; **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 99; **Özgenç/Şahin**, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 429; **Özgenç**, İzzet/Şahin, Cumhuriyet: “Kamu Görevi, Muafiyet ve Dokunulmazlık Kavramları Üzerine Düşünceler”, Yeni Türkiye 14, Siyasette Yozlaşma Özel Sayısı II, Mart-Nisan 1997/14, s. 911; **Özgenç**, İzzet/Şahin, Cumhuriyet: “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu”, GÜHFD, C. 6, Haziran-Aralık 2003/1-2, s. 190; **Erman/Özek**, Kamu İdaresi, no. 919; **Tezcan**, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan: Teorik ve Pratik Ceza Hukuku, 1. Baskı, İzmir 2000, s. 125; **Gözübüyük**, Memur ve Hizmetli, s. 8.
- 20 **Meriç**, Osman: “Kamu Görevlileri Kavramının Seçim Hukukunda Kapsamı ve Anlamı İle Belediye Başkanları İlişkisi”, Amme İdaresi Dergisi, C. 24, Eylül 1991/3, s. 190; **Özgenç**, Karar İncelemesi, s. 334; **Özgenç**, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 260; **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 99; **Özgenç/Şahin**, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 429; **Özgenç/Şahin**, Kamu Görevi, s. 911; **Özgenç/Şahin**, Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu, s. 190.
- 21 **Yarsuvat**, Devlet İdaresi, s. 680; **Meriç**, s. 190; **Kanlıgöz**, Cihan: Türk Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Konya 2002, s. 119; **Kanlıgöz**, 1982 Anayasası, s. 187.

4'de bir memur tarifi yapılmaktadır. Halk arasında memur, Devlet veya diğer kamu kuruluşlarından ücret alan kişi olarak görülür²². İdare hukukunda ise memur, "kendisine bir amme hizmeti tevdi edilmiş, idarenin daimi, sabit ve normal amme hizmetleri kadrosuna girmiş ve bu kadronun dereceleri arasında kaynamış olan kimsedir" şeklinde tanımlanmaktadır²³.

Yukarıda yapılan açıklamalar gözönüne alındığında, yeni TCK'nın hak yoksunluğu kapsamında 53/1a maddesindeki düzenlemesiyle esasen, kamu görevi kavramından neyi kastettiğini belirtmese de üstlenilmesinden yoksun kalınacak kamu görevleri dikkate alındığında kanunun kamu görevi kavramından benimsediğimiz görüşe uygun bir düzenleme getirdiği görülebilecektir.

Yeni TCK, Tanımlar başlığı taşıyan 6. maddesinde kamu görevlisini, "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" şeklinde tanımlamak suretiyle kanaatimizce benimsediğimiz görüş doğrultusunda bir tanım yapmıştır²⁴. Hemen belirtelim ki bizce yeni TCK'nın memur kavramı yerine kamu görevlisi kavramını kullanması ve yapmış olduğu tanımlamasıyla, kimlerin memur sayılacağı (gerek ceza hukuku gerekse idare hukuku anlamında) hususundaki yaşanan tartışmalar, kazuistik düzenlemeler ve kavram kargaşası artık sözkonusu olmayacaktır²⁵.

b. Kapsamı ve Etkisi

Eski TCK zamanında memuriyetten yasaklılık olarak ifade edilen kamu görevinin üstlenilmesinden yoksunluk, seçimle veya atama yoluyla olsun kamu görevi üstlenilme ehliyetinden ya da daha önce üstlenilmiş bulunan kamu görevinden yoksunluğu, yasaklılığı ifade eder²⁶. Kişinin daha sonra

²² **Yarsuvat**, Devlet İdaresi, s. 680; **Donay**, Zimmet, s. 29.

²³ **Onar**, Sıdık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 2, 3. Bası, İstanbul 1966, s. 1075; **Yarsuvat**, Devlet İdaresi, s. 680; **Donay**, Zimmet, s. 29.

²⁴ Nitekim doktrinde 765 sayılı TCK'nu zamanında kamu görevi için yapılan benimsediğimiz görüş yönündeki açıklamaların 5237 sayılı TCK'nu açısından da geçerli olacağını ifade etmektedirler (Bkz. **Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa: Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri, Ankara 2007, s. 29); ancak aynı yazarlar daha sonra kamusal faaliyet kavramının eski TCK'nda kullanılan terimlerle açıklanamayacağını belirtmektedir (Bkz. **Gökcan/Artuç**, s. 30).

²⁵ **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 100, 106.

²⁶ **Toroslu**, Nevzat: "Ertelenmiş Mahkumiyetin Memuriyete Etkisi", SÜHFD, Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 93.

kamu görevinden ayrılmış olması, kamu görevinin üstlenilmesinden yoksunluk yaptırımının verilmesine engel teşkil etmeyecektir²⁷. Yargıtay da “Suç failinin bilahare memuriyetten ayrılmış olması, memuriyetten mahrumiyet cezası hükmüne mani olmaz”, diyerek aynı yönde karar vermiştir²⁸.

Yeni TCK'nın 53/1a maddesi sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden yoksun kalınacağını ifade etmekte, fakat “bu kapsamda” diyerek hangi kamu görevlerinin üstlenilmesinden yoksun kalınacağını göstermek suretiyle kapsamı sınırlandırmış bulunmaktadır. Buna göre kişi “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tâbi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,...yoksun bırakılır”. Maddedeki bu yoksun kalınacak haller belirlenirken bize göre eski TCK hükmü biraz içerik ve ifade açısından düzeltilerek alınmıştır. Örneğin milletvekilliğinin de kamu görevi kapsamında olduğu açıkça gösterilmiştir. Yeni TCK'da da “seçime tabi memuriyet”in yer alması eski TCK da olduğu gibi memuriyetten yasaklılık kapsamında belirtilmesine gerek olmayan (tabi ki yeni TCK'da da seçilme hakkından yasaklılığa da ayrıca yer verildiği için) seçime bağlı olunan memuriyetten yasaklılığın bu bent kapsamına girmesine neden olmuştur.

Bu düzenlemede devletten kasıt; ayrıca bahsedildiği için herhalde yasma organı (milletvekilliği), vilayet, belediye ve köy tüzel kişilikleri dışında kalan bütün kamu kurum ve kuruluşları ile yürütmedir²⁹. Teftiş veya denetimi altındaki kurumlardan kasıt ise idari vesayet olarak³⁰ değil bağlı kuruluşlar olarak anlaşılmalıdır. Çünkü idari vesayet Anayasanın 127. maddesinde de ifade edildiği gibi merkezi idare tarafından mahalli idarelerin denet-

²⁷ **Günay**, Erhan: Türk İnfaz Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2002, s. 411; Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü de 10.4.1979 tarih ve 18850 sayılı genelgesinde “Bir memur memuriyetten mahrumiyet cezası ile cezalandırıldıktan sonra memuriyetten ayrılması, bu men cezasının kaldırılmasını gerektirmez. Hükümlü zamanaşımı sonunua kadar takip edilerek, yeni bir memuriyete girdiği takdirde memuriyetten men cezasının infazına başlanır. demektedir (Bkz. **Bardak**, Cengiz: Cezaların İnfazı ve İnfaz Müesseseleri, Ankara 1996, s. 250).

²⁸ Y4CD, 8.7.1958, 1294/1252, (**Savaş**, Vural/**Mollamahmutoğlu**, Sadık: Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 1, (Madde 1-94), Ankara 1999, s. 442).

²⁹ **Hafizoğulları**, Zeki: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”, ABD, Yıl 65, Kış 2007/1, s. 94.

³⁰ **Hafizoğulları**, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 94.

lenmesidir³¹. Oysa maddede Devlet ve vilayet ve belediye ve köyleri saydıktan sonra “veya bunların teftiş veya denetimi altında bulunan kurumlar”dan bahsederek mahalli idarelerin de denetimi altındaki kurumlar da kastedilmektedir. Bu itibarla maddede belirtilen kamu kurumları dışında örneğin Bakanlıklar, Devlet Planlama Teşkilatı, Devlet Denetleme Kurumu, Devlet İstatik Kurumu ve yargı organlarındaki atama veya seçime bağlı memuriyet ve hizmetlerden yoksunluk kamu görevinin üstlenilmesinden yoksunluğun kapsamında olacaktır.

Kamu görevinin üstlenilmesinden yoksunluğun kamu görevinin üzerindeki etkisini inceleyecek olursak; bu inceleme milletvekillerinin yasama dokunulmazlığına sahip olmaları nedeniyle milletvekilleri ve diğer memuriyet bakımından ayrı ayrı yapılacaktır. Ancak hemen belirtelim ki Anayasa ve bazı özel kanunlarda hala eski TCK yürürlüğü dönemindeki ifadeyle kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası yer almaktadır. Bu nedenle çalışmamızda yine kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası kullanılmıştır. Fakat bu cezanın karşılığı olarak yeni TCK’da belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma yaptırımına yer verildiği için kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasından bahsedilen yerleri yeni TCK’daki karşılığı olması itibariyle belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma yaptırımı olarak anlamak gerekmektedir.

aa. Milletvekilleri Açısından

Yoksunluk kapsamındaki milletvekilliğinden yoksun bırakılma, kişinin milletvekilliğinin sona ermesini ifade etmektedir. Fakat acaba yasama dokunulmazlığına sahip milletvekili hakkında kamu hizmetlerinden yasaklılığı ve dolayısıyla milletvekilliğinden yoksunluğu gerektirecek bir durum ortaya çıkabilir mi? Bu soruyu iki grupta toplanabilecek çeşitli ihtimalleri gözönünde bulundurarak cevaplandırmak gerekmektedir: Birinci gruptaki ihtimal, kişinin milletvekilliği sırasında milletvekili seçilmeden önce veya milletvekilliği sırasında işlemiş olduğu suçlardan dolayı hüküm giymesidir. İkinci gruptaki ihtimal ise kişinin milletvekili seçilmeden önce var olan ve fakat milletvekili seçildikten sonra ortaya çıkan mahkûmiyetidir.

Birinci gruptaki ilk ihtimal yasama dokunulmazlığına sahip milletvekili ile ilgili kural olarak seçimden önce veya sonra işlemiş olduğu ileri sürülen bir suçtan dolayı yargılama yapılamamasıdır. Dolayısıyla bu ihtimalde milletvekili hakkında herhangi bir ceza ve buna bağlı olarak da mahkûmiyetin

³¹ Bkz. **Gözübüyük**, A. Şeref/**Tan**, Turgut: İdare Hukuku, Genel Esaslar, C. 1, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Ankara 2001, s. 153 vd.; **Akılmaz**, Bahtiyar: İdare Hukuku, Konya 2004, s. 126 vd.; **Yıldırım**, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri I, Konya 2005, s. 28 vd.

kanuni sonucu olarak kamu hizmetlerinden yasaklılık sözkonusu olmayacak ve dolayısıyla kamu hizmetlerinden yasaklılığı gerektirecek ve milletvekilliğini de düşürecek bir durum ortaya çıkmayacaktır.

İkinci ihtimalde dokunulmazlık kapsamı dışında tutulan ağır cezayı gerektiren suçüstü ve seçimden önce soruşturmasına başlanmış olmak kaydıyla Anayasanın 14. maddesi kapsamına giren hallerdir. Bu durumlarda istisnai olarak milletvekili yargılanabilecek, bir cezaya ve kanuni sonuç olarak da kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasına mahkûm edilebilecektir.

Üçüncü ihtimalde işlediği ileri sürülen suç veya suçlara mahsus olmak üzere dokunulmazlığının meclis kararı ile kaldırılması durumudur. Bu halde de milletvekili sözkonusu suç veya suçlardan dolayı yargılanabilecek, cezaya ve kanuni sonuç olarak kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasına mahkûm olabilecektir.

İşte milletvekilinin milletvekilliği sırasında ortaya çıkan bu son iki ihtimalde hükmedilen cezanın ve cezaya bağlı olarak kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasının infaz kabiliyetinin olup olmadığı konusu ayrıca ele alınmalıdır. Bunun için Anayasanın 76, 83 ve 84. maddeleri ile İçtüzüğü'nün 135 ve 136. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu maddelerden Anayasanın 76. maddesi milletvekili seçilme yeterliğine engel olan halleri düzenlemekte; 83. maddesi milletvekili hakkında seçimden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır hükmünü getirmekte; 84. maddesi ise “kesin hüküm giyme”yi bir düşme sebebi olarak düzenlemektedir. İçtüzüğü'nün 135. maddesi ise “milletvekili seçilmeye engel bir suçtan hüküm giymeyi” düşme sebebi olarak belirtmektedir. Anayasanın 83. maddesine göre son iki ihtimalde de mahkûm olunan ceza ve buna bağlı kanuni sonuç olarak kamu kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasının infazı milletvekilliği üyelik sıfatının sona ermesine bırakılacaktır. Başka bir deyişle mahkûm olunan ceza ve bunu kanuni sonucu olan kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası milletvekilliği sırasında yerine getirilemeyecek, milletvekilliğinden yoksunluğa neden olamayacaktır. Fakat Anayasanın 84. maddesine göre ise de kesin hüküm giyme bir düşme nedeni olarak düzenlendiğinden ve milletvekilliğinin düşmesi durumunda artık milletvekili sıfatı kalmayacağından, son iki ihtimalde milletvekili hakkındaki ceza ve bunun kanuni sonucu olan kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası da infaz edilebilecek, milletvekilliğinden yoksun kalma sözkonusu olabilecektir.

Görüldüğü gibi Anayasanın 83. maddesi ile mahkûmiyet hükümlerin yerine getirilmesinin milletvekilliği sıfatının sona ermesine kadar erteleneceği hükmü getirilirken, 84. maddesiyle de mahkûmiyet hükmü (kesin hüküm giyme) milletvekilliğinden düşme sebebi olarak kabul edilmektedir. Yani

mahkûmiyet hükmüne Anayasanın 83. maddesi ile milletvekilliği sırasında hiçbir etki tanınmazken (infazı milletvekilliğinin sona ermesine kadar geri bırakılmakta), 84. maddesiyle mahkûmiyet hükmüne milletvekilliğini düşürme etkisi tanınmakta ve böylece “mahkûmiyet (ceza) hükmü” kavramına birbirinin tersi iki hukuki sonuç bağlanmış gibi gözükmektedir. Kanaatimizce bu durum, sözkonusu hükümlerde aralarındaki farkı gösteren herhangi bir ifadenin bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Oysaki 84. maddenin 1995’deki değişikliğinden önceki metninde “seçilmeye engel bir suçtan dolayı hüküm giyen” demek suretiyle 83. maddedeki mahkûmiyet hükmünden farkını belirten bir ifade yer almaktaydı³². Ayrıca halen yürürlükte bulunan İçtüzüğü’nün 135. ve 136. maddelerinde aynı ifade bulunmaktadır. Dolayısıyla değişen 84. maddede iki hüküm arasında farkı ortaya koyacak ve farklı yorumlamalara neden olmayacak açık bir kriterin kullanılması daha yerinde olurdu³³. Böyle bir kriterin olmaması “kesin hüküm giyme” kavramının doktrinde farklı şekilde yorumlanmasına neden olmuştur. Bazı yazarlar tarafından sözkonusu kavramın “dokunulmazlık dışında bırakılan suçlardan hüküm giyme” şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşlerini m. 83/2’nin sadece bahsi geçen suçların yargılanmasını kabul etmesi nedeniyle m. 84’deki kesin hüküm giymeyi de ancak yargılamayı kabul ettiği bu suçlarla sınırlı olarak anlamak gerekir biçiminde açıklamaktadırlar³⁴. Fakat kanaatimizce, dokunulmazlığın kaldırılması durumunda herhangi bir suçtan yargılama yapıp mahkûmiyet kararı verilebileceği hususu da gözönünde bulundurulmalıydı. Yani milletvekilliğinin düşmesi, milletvekilliğinden yoksun kalınma açısından, bizim son iki ihtimal içinde belirttiğimiz

³² Bu ifadenin metinden neden çıkarıldığına dair Anayasa Komisyon Raporunda da bir açıklama yer almamaktadır (bkz. **Onar**, Erdal: “1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi”, Anayasa Yargısı 14, Ankara 1997, s. 413, dn. 71).

³³ Böyle olmakla birlikte 1995 değişikliği ile “Türkiye Büyük Millet Meclisine seçilmeye engel bir suçtan dolayı hüküm giyen” kavramını yerine “kesin hüküm giyme” kavramının kullanılması yine de yerinde olmuştur. Çünkü milletvekili seçilmeye engel olan hüküm giyme hallerinden sadece milletvekili seçilmeye engel bir suçtan hüküm giyme düşme nedeni olarak kabul edildiğinde, milletvekili seçilmeye engel olan cezalardan hüküm giyenler lehine bir durum sözkonusu olmaktadır. Oysa seçilme ehliyeti için aranan şartların seçildikten sonra da aranması mantık gereği olduğu için bahsedilen adaletsiz durumun ortadan kaldırılması açısından 1995 yılında yapılan değişiklikle kapsamın genişletilmiş olması yerinde olmuştur.

³⁴ **İçel**, Kayıhan/**Donay**, Süheyl: Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, Yenileştirilmiş 3. Bası, İstanbul 1999, s. 148.

durumlar birlikte dikkate alınmalıydı.

Bazı yazarlar tarafından ise “kesin hüküm giyme” kavramı, yine 84. maddenin 1995 değişikliğinden önceki halinde olduğu gibi “seçilmeye engel bir suçtan hüküm giyme” olarak anlaşılmaya devam edilmiştir. Bunlara göre milletvekilliği, kişinin Anayasanın 76. maddesinde yazılı (zimmet, rüşvet, dolandırıcılık suçları gibi) bir suçla mahkûm olması durumunda düşecek, (bir yıl hapis, ağır hapis gibi) diğer mahkûmiyetlerde cezanın infazı milletvekilliğinin sonuna bırakılacaktır³⁵. Yani bu görüş kesin hüküm giyme kavramına sadece milletvekili seçilmeye engel teşkil eden suçları almış, cezaları kapsam dışı bırakmıştır.

Görüşlerine katıldığımız diğer bazı yazarlar ise, “kesin hüküm giyme” kavramını “milletvekili seçilmeye engel olacak bir hüküm” olarak anlamak gerektiğini ifade etmektedirler³⁶. Başka bir deyişle bu yazarlara göre milletvekilliğini düşmesine neden olan kesin hüküm, milletvekili seçilmeye engel bir mahkûmiyet hükmüdür. Eğer bir mahkûmiyet hükmü milletvekili seçilmeye engel değilse milletvekilliğini düşürecek olan bir kesin hüküm de olmayacaktır. Milletvekili seçilmeye engel olan mahkûmiyet hükümleri ise Anayasanın 76. maddesinde hükmolunan suç ve ceza ayrı ayrı dikkate alınarak tespit edilmiştir. Buna göre maddede ismen sayılan suçlardan hüküm giymek³⁷ ve taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile sü-

³⁵ **Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. 1, 14. Tıpkı Bası, İstanbul 1997, no. 426; **Centel**, Nur: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 1. Bası, İstanbul 2001, s. 118; **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, A. Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler 1, 3. Baskı, Ankara 2002, s. 273; **Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş-Genişletilmiş 3. Bası, Ankara 2005, s. 146; **Atar**, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Konya 2000, s. 188.

³⁶ **Onar**, Milletvekilliği, s. 413; **Gözler**, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000, s. 302; **Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2001, s. 232.

³⁷ Yüz kızartıcı suçların sadece ismen belirtilen suçlarla sınırlı olup olmadığı konusunda bkz. **Toroslu**, Erteleme, s. 97 vd.; **Onar**, Milletvekilliği, s. 417 vd.; **Kaya**, Cemil: Yargı Kararları Işığında Mahalli İdarelerin Seçilmiş Organlarının Organlık Sıfatlarını Kaybetmeleri ve İngiltere Örneği, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Konya 2000, s. 206; **Bilir**, Faruk: Türkiye’de Milletvekilliği ve Milletvekilliğinin Sona Ermesi, Ankara 2001, s. 43 vd.; **Dursun**, Selman: “Yüz Kızartıcı Suç Kavramı”, Polis Dergisi, Yıl 9, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003/36, s. 441 vd.; **Alpar**, Erol: “657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 48/A-5 Maddesinde Yer Alan Yüz Kızartıcı Suçların Kapsamı ve Sınırı”, 1. Ulu-

resi ne olursa olsun ağır hapis cezasına³⁸ ve kamu hizmetlerinden yasaklılığa (belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma) mahkûm olmak milletvekili seçilmeye engel mahkûmiyetler olmaktadır. Bu anlamda kişinin milletvekili seçilmeye engel olan ve 76. maddede belirtilen zimmet, rüşvet, dolandırıcılık gibi suçlardan biri ile süresi ve türüne bakılmaksızın hüküm giymesi milletvekilliğinin düşmesini sonuçlayacağı gibi; milletvekilli seçilmeye engel suçlar dışında yine aynı maddede gösterilen taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile süresi ne olursa olsun ağır hapis ve kamu hizmetlerinden yasaklılığı gerektiren cezaların birinden hüküm giyme de milletvekilliğinin düşmesini sonuçlayacaktır.

Bu açıklamalar da göstermektedir ki, yukarıda bahsettiğimiz son iki ihtimal dahilinde milletvekili hakkında yargılama yapıp, mahkumiyet hükmü verilebilmekte, fakat bu mahkumiyet hükümlerinden ancak milletvekili seçilmeye engel olan suçlardan ve cezalardan mahkumiyet milletvekilliğinin düşmesine neden olabilmekte, diğer mahkumiyetler ise hükmün infazı milletvekilliğinin sonuna bırakılmaktadır. Dolayısıyla “kesin hüküm giyme” kavramı “seçilmeye engel suçlardan ve cezalardan hüküm giyme” olarak anlaşıldığı takdirde kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasına milletvekilliğinin düşmesi açısından doğrudan bir etki tanınmış olmaktadır. Eğer sözkonusu kavrama milletvekili seçilmeye engel bir suçtan hüküm giyme anlamı verilirse, milletvekilliğini düşüren bir suçtan mahkûm olunmamışsa, mahkûmiyet kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasını içerse bile bu cezanın infazı milletvekilliğinin sona ermesine kadar geri bırakılacağı için kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasının milletvekilliği üzerinde bir etkisi olmayacaktır. Fakat milletvekilliğini düşüren bir suçtan mahkûm olunmuşsa ve bu mahkûmiyet kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasını içerse de bizatihi milletvekilliğine engel suçtan mahkûmiyet milletvekilliğini düşüreceği için kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasının doğrudan bir etkisi bulunmayacaktır.

İkinci grup ihtimal, kişinin milletvekili seçilmeden önce var olan, fakat seçildikten sonra ortaya çıkan seçilmeye engel bir mahkûmiyet hükmünün, kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasının bulunmasıdır. Anayasanın 84. maddesinde seçilme ehliyetine engel olan suçlardan veya cezalardan biri ile hüküm giyme bir düşme nedeni olarak kabul edilince baştan bu engeli taşı-

sal İdare Hukuku Kongresi İkinci Kitap Kamu Yönetimi, (Ankara 1-4 Mayıs 1990), s. 593 vd.

38 **Onar**, Milletvekilliği, s. 414; **Gözler**, Anayasa Hukuku, s. 302.

yan kişinin milletvekili kalamayacağı bu hükmün doğal bir sonucudur³⁹. Kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası da seçilmeye engel bir ceza olarak Anayasanın 76. maddesinde düzenlendiğine göre seçilmeden önce yasaklı olan, yani milletvekili seçilemeyecek olan bir kişinin, bu engelinin seçildikten sonra ortaya çıkması durumunda milletvekili olarak kalması sözkonusu olamaz. Çünkü seçilme ehliyeti için aranan şartlar seçim işleriyle ilgili birer ön şart olmayıp seçildikten sonra da sürekli olarak varlığı gereken, korunması lazım olan şartlardır⁴⁰. Diğer taraftan kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasının (belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma) yeni TCK'nın 53. maddesi hükmüne göre hem milletvekilliğini sona erdiren ve milletvekili seçilme ehliyetini kaldıran bir hal olması hem de Milletvekili Seçimi Kanununun 11. maddesinde milletvekili seçilmeye engel bir hal olarak düzenlenmiş olduğu ve bu hali Anayasanın 84. maddesinin kesin hüküm giyme kapsamında kabul ederek bir düşme nedeni olarak düzenlediği dikkate alındığında milletvekilliği düşüreceği açıktır. Nitekim Anayasanın 84. maddesinin ifadesi karşısında milletvekilliğini düşüren nedenlerin, tabi bu arada kamu hizmetlerinde yasaklılık cezasının, yasama dokunulmazlığı kapsamı dışında kaldıklarından milletvekili seçilmeden önce var olan kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasının milletvekili seçildikten sonra ortaya çıkması halinde de kişinin milletvekilliği düşecektir.

³⁹ Nitekim Yüksek Seçim Kurulu da kararlarında buna işaret etmektedir: “Genel olarak kamu hizmeti yapma görevi yüklenmiş bulunan kimselerin, kanunların öngördüğü yeterlik koşullarını haiz olmaları ve bu yeterliği kaybettikleri anda ise görevlerinden uzaklaştırılmaları kamu hizmeti görevlilerinin statüsünü tesbit eden Kanunlarda temel bir hukuk kuralı olarak hükme bağlanmıştır. Hal böyle olunca seçilme yeterliği olmayan kimseye verilen seçim tutanağının geçersiz sayılması doğal bir sonuç teşkil eder.”, YSK, Karar no. 192, KT. 20.7.1976, (Yüksek Seçim Kurulu Kararları 1976 Yılı, Ankara 1977, s. 99-100); Aynı yönde bkz. YSK, Karar no. 198, KT. 23.7.1976, (Yüksek Seçim Kurulu Kararları 1976 Yılı, s. 102); YSK, Karar no. 489, KT. 14.11.1975, (RG, 8.12.1975, Sayı 15436, s. 12); YSK, Karar no. 116, KT. 1.4.1975, (Yüksek Seçim Kurulu Kararları 1975 Yılı, Ankara 1976, s. 56).

⁴⁰ **Gül**, Kemal Vehbi: Belediye İdaresi (En Son Değişiklikleriyle) Şehir Mevzuatı, Belediye Organları, C. 2, Ankara 1979, s. 753; **Kaya**, Mahalli İdareler, s. 67; **Kaya**, Cemil: “Mahkumiyet Kararının Tecil Edilmesinin Belediye Başkanı Seçilme Yeterliliğine Etkisi”, SÜHFD, Milenyum Armağanı, C. 8, 2000/1-2, s. 379; **Bilir**, s. 141; “Seçimden evvel seçilme vasıf ve şartlarını haiz bulunmayanlarla bu vasıf ve şartları sonradan zayı edenlerin vazifelerinden çıkarılmaları mümkün(dür)”, DGK, E. 48, K. 114, KT. 21.6.1948, (DKD, Yıl 12, Nisan 1948-Haziran 1948/40, s. 23).

Anayasanın 79. maddesi gereğince seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlamakla görevi kılınan Yüksek Seçim Kurulu, maddede geçen yolsuzluk kavramının seçimle ilgili tüm kanuna aykırılıkları ifade için kullanıldığını ve Anayasanın 76. maddesindeki milletvekili seçilmeye engel mahkûmiyetlerin de bu kapsamda olduğunu söyleyerek böyle bir durumda gerektiğinde milletvekili tutanaklarının iptal edileceğini belirtmektedir⁴¹. Nitekim Yüksek Seçim Kurulu bir kararında seçimden önce var olan zimmet suçundan mahkûmiyet hükmünün seçildikten sonra çıkması üzerine milletvekili tutanağının iptaline karar vermiştir⁴². Ancak Yüksek Seçim Kurulunun seçimden önce var olan, fakat seçimden sonra ortaya çıkan kamu hizmetlerinden yasaklılıktan dolayı tutanağın iptali yönünde verdiği bir kararına rastlanılmamıştır. Yüksek Seçim Kurulunun seçimden önce mevcut olan ve fakat seçildikten sonra ortaya çıkan mahkûmiyet kararları ile ilgili verdiği kararlar genelde yerel seçimlere ilişkin olmuştur⁴³.

⁴¹ Bkz. YSK, Karar no. 71, 11.2.1996, (RG, 19.3.1996, Sayı 22585, s. 21 vd.); Aynı yönde bkz. YSK, Karar no. 311, KT. 26.12.1988, (Yüksek Seçim Kurulu İlke Kararları, 1988-1989-1990, s. 77 vd.); YSK, 929, KT. 27.5.1989, (Yüksek Seçim Kurulu İlke Kararları, 1988-1989-1990, s. 172); **Onar**, Milletvekilliği, s. 435.

⁴² YSK, Karar no. 390, KT. 11.11.1961, (RG, 18.11.1961, Sayı 10961, s. 5839; Aynı karar için bkz. Yüksek Seçim Kurulu İlke Kararları Mayıs 1961-Şubat 1962 Dönemi, s. 152); Yüksek Seçim Kurulu Yüksek Adalet Divanınca mahkum olanların genel aften yararlandıklarına göre seçme ve seçilme ehliyetlerinin durumu hakkındaki tereddütleri gidermek için verdiği kararında “(seçilmeye engel) bir hükümlülüğü bulunan kimse, her nasılsa aday gösterilip seçilmiş olursa, itiraz yapıldığında tutanağının iptaline karar verilmesi de gerekir ve bu yolda verilecek karar da doğrudur” demektedir (YSK, Karar no. 98, KT. 26.5.1967, Yüksek Seçim Kurulu İlke Kararları 1967 Yılı, Ankara 1968, s. 50).

⁴³ Bkz. **Onar**, Milletvekilliği, s. 436; **Bilir**, s. 175; YSK, Karar no. 311, KT. 26.12.1988, (Yüksek Seçim Kurulu İlke Kararları, 1988-1989-1990, s.79); YSK, Karar no. 1299, KT. 21.6.1989, (Yüksek Seçim Kurulu İlke Kararları, 1988-1989-1990, s. 197 vd.); YSK, Karar no. 1300, KT. 21.6.1989, (Yüksek Seçim Kurulu İlke Kararları, 1988-1989-1990, s. 200 vd.); YSK, Karar no. 19, KT. 3.2.1971, (Yüksek Seçim Kurulu İlke Kararları, 1971 Yılı, Ankara 1972, s. 14 vd.); YSK, Karar no. 297, KT. 3.11.1970, (Yüksek Seçim Kurulu İlke Kararları 1970 Yılı, Ankara 1970, s.165 vd.); YSK, Karar no. 2, KT. 1.1.1973, (Yüksek Seçim Kurulu Kararları 1973 Yılı, s. 5 vd.); YSK, Karar no. 714, KT. 18.7.1973, (Yüksek Seçim Kurulu Kararları 1973 Yılı, s. 220 vd.); YSK, Karar no. 74, KT. 3.1.1974, (Yüksek Seçim Kurulu Kararları 1974 Yılı, s. 27 vd.); YSK, Karar no.

bb. Milletvekilliği Dışındaki Diğer Kamu Görevleri Açısından

Yoksunluğun milletvekilliği dışındaki devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen seçime veya atamaya tabi olan tüm memuriyet ve hizmetler üzerindeki etkisini inceleyecek olursak; öncelikle belirtelim ki, seçime tabi memuriyetle ifade edilmek istenen seçilme hakkının kullanılması suretiyle olunan memuriyetlerdir. Bu memuriyetler, milletvekilliğinden ayrıca bahsedildiği için milletvekilliği dışındaki yerel yönetimlerdir; yani belediye başkanlığı, belediye meclis üyeliği, il genel meclis üyeliği, köy ve mahalle muhtarlığı, köy ihtiyar meclisi üyeliği ve mahalle ihtiyar heyeti üyeliğidir. Esasında milletvekilliği de dahil olmak üzere belirtilen bu seçime tabi memuriyetler kişinin seçilme hakkı kapsamında olan yasaklılıklardır⁴⁴. Çünkü seçilme hakkının kullanılmasıyla seçime tabi memur olunmaktadır. Dolayısıyla seçime bağlı memuriyet hem kamu görevinin üstlenilmesinden yoksunluk hem de seçilme hakkından yoksunluk kapsamında sözkonusu olmaktadır. Kanaatimizce bu durum ya seçilme hakkından yasaklılığın madde kapsamından çıkarılması ya da seçime bağlı memuriyetten yasaklılığın kamu görevinin üstlenilmesinden yoksunluk kapsamından çıkarılması suretiyle aynı hususun bir yoksunluk kapsamında kalması sağlanabilir.

Seçime tabi sözkonusu memuriyetler ve atama yoluyla olunan memuriyetler açısından milletvekillerinde olduğu gibi bir dokunulmazlık bulunmadığı için kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasının etkisi aynı olacaktır. Yani kamu hizmetlerinden yasaklılık durumunda gerek seçime bağlı memuriyetlerde gerekse atama yoluyla olunan memuriyetlerde memurluk sıfatı sona ereceği gibi memur olma ehliyeti de kaybedilecektir. Nitekim Yüksek Seçim Kurulu “Bir kişinin mahkûmiyeti seçilmeye engel teşkil etmese bile eğer kamu hizmetlerinden yasaklı kılınmışsa bu kişi aynı maddenin (2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu m. 11) (d) fıkrası gereğince yine seçilemez.”

320, KT. 15.1.1974, (Yüksek Seçim Kurulu Kararları 1974 Yılı, s. 74 vd.); YSK, Karar no. 391, KT. 18.11.1974, (Yüksek Seçim Kurulu Kararları 1974 Yılı, s. 91 vd.); YSK, Karar no. 1165, KT. 30.4.1984, (Yüksek Seçim Kurulu Kararları 1984 Yılı, s. 78 vd.).

44 **Hafizoğulları**, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 94; **Turhan**, <http://www.yerelsiyaset.com/v2/index.php?goster=ayrinti&id=656>, 1.08.2007; **Keçeli-oğlu**, Elvan: Kamu Hizmetlerinden Yasaklılık Cezası, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2003, s. 41-42.

demektedir⁴⁵. Diğer taraftan yerel yönetimlere seçilme engeli arasında kamu hizmetlerinden yasaklı olmak şartı, yerel yönetim seçimlerini düzenleyen 2972 sayılı Mahalli İdareler İle Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunda da yer almaktadır. Fakat kanun belediye başkanlığı, il genel ve belediye meclisi üyeliği için bunu 9. maddesinin 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 11. maddesine yaptığı atıfla düzenlemekte; köy muhtarlığı ve köy ihtiyar meclisi üyeliği, mahalle muhtarlığı ve mahalle ihtiyar heyeti üyeliği bakımından ise 31. maddesinin bu kanuna ve bu kanunun atıf yaptığı diğer kanunları işaret etmek suretiyle düzenlemektedir. Atama yoluyla olunan memuriyetler için de Devlet Memurları Kanununun 48. maddesinde kamu hizmetlerinden yasaklılık memuriyete alınma engeli olarak tespit edilmektedir. Seçilme veya atama yoluyla olunan memuriyetlerin icra edildiği sırada kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasına mahkûmiyet de memuriyeti sona erdiren bir neden olarak ilgili kanunlarda yer almaktadır. 5393 sayılı Belediye Kanununun 29. maddesinde belediye meclisi üyeliğinin, 44. maddesinde belediye başkanlığının; 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 21. maddesinde il genel meclis üyeliğinin, 442 sayılı Köy Kanununun 33. maddesinde köy muhtarlığı ve ihtiyar meclisi üyeliğinin kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasına mahkûmiyet ile sona ereceği belirtilmektedir. Aslında kanaatimizce, kamu hizmetlerinden yasaklılığın kamu görevlisi olma engeli olduğunun veya kamu görevliliğini sona erdiren bir neden olduğunun ceza kanunu dışında -adı geçen kanunlarda olduğu gibi- özel kanunlarda ayrıca bahsedilmesine gerek bulunmamaktadır⁴⁶. Çünkü ceza kanununda düzenlenen kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası (belli hakları kullanmaktan yoksunluk yaptırımı) zaten özel kanunlarda belirtilen etkileri sonuçlayacağı hüküm altına almaktadır. Özel kanunların kendi düzenlemelerinde kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasına yer vermeleri kanunkoyucunun bu yasaklılık halini açıkça belirtmek düşüncesinden kaynaklanmaktadır.

Kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasının seçime tabi olan veya atama yoluyla olunan memuriyetler üzerindeki etkisinin daha iyi anlaşılması için yine burada da ihtimaller üzerinden açıklama yapmakta fayda vardır. İlk ihtimal kişinin memur olmadan önce bir suç işlemesi ve bu suçtan dolayı yine memur olmadan önce kamu hizmetlerinden yasaklanması durumudur. Bu durumda kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası kişinin memuriyete se-

⁴⁵ YSK, Karar no. 1194, KT. 22.4.1994, (Yüksek Seçim Kurulu Kararları, 1993-1994, s. 132).

⁴⁶ Bkz. **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 681, dn12.

çilme ehliyetini ortadan kaldıracığı için kişinin memur olamayacağı açıktır.

İkinci ihtimalde memur olmadan önce kesinleşmiş kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasının bulunmasına rağmen kişinin memur olması ve bu yasaklılık halinin memur olduktan sonra ortaya çıkmasıdır. Bu halde memur olma engelinin ortaya çıkması ile kişinin memuriyeti sona erecektir⁴⁷. Nitekim Devlet Memurları Kanunu 98. maddesinde memur olmaya engel nedenlerin memur olduktan sonra ortaya çıkması halinde memuriyetin sona ereceğini hüküm altına almıştır.

Üçüncü ihtimal memur olmadan önce işlenen ve fakat memur olduktan sonra bu suçtan dolayı kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasını gerektirecek hüküm giyme durumudur. Bu halde de kişinin memuriyet sıfatı sona erecektir. Ancak böyle bir durum belediye başkanlığı için sözkonusu olduğunda Danıştay farklı kararlar vermiştir. Bir kısım kararlarında Danıştay, suçun işlendiği tarihe bakmaksızın, suçtan dolayı verilen mahkûmiyet kararının belediye başkanlığından sonra kesinleşmiş olmasını dikkate alarak belediye başkanlığından düşme kararı vermiştir⁴⁸. Bir kararında ise Danıştay belediye başkanlığından düşme kararı verilebilmesi açısından önemli olanın belediye başkanlığı sırasında mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi değil, suçun başkanlık sırasında işlenmiş olmasıdır diyerek belediye başkanlığından önce işlenen bir suçtan dolayı başkanlık sırasında kesinleşen mahkûmiyet hükmüne dayanarak düşme kararının verilemeyeceğini belirtmiştir⁴⁹.

Dördüncü ihtimalde kişinin memur olduktan sonra suç işlemesi ve kamu hizmetlerinden yasaklılığı gerektirecek bir mahkûmiyetin olması halidir. Yine bu halde de kişinin memuriyet sıfatı sona ereceği açıktır. Nitekim uygulamada bu yöndedir. Örneğin Danıştay, “Memuriyete alınma şartlarından

⁴⁷ Nitekim Yüksek Seçim Kurulu, seçilme engeli olmasına rağmen belediye meclisine üye seçilen kişinin seçilme engelinin sonradan ortaya çıkmasıyla seçim tutanağının iptaline karar vermiştir. Bkz. YSK, Karar no. 221, KT. 3.7.1988, (Yüksek Seçim Kurulu İlke Kararları 1988-1989-1990, s. 54 vd.); Aynı bkz. YSK, Karar no. 682, KT. 11.5.1989, (Yüksek Seçim Kurulu İlke Kararları 1988-1989-1990, s.157 vd.); YSK, Karar no.7, KT. 6.1.1990, (Yüksek Seçim Kurulu İlke Kararları 1988-1989-1990, s. 290 vd.).

⁴⁸ Bkz. D8D, E. 1987/277, K. 1987/249, KT. 21.5.1987, (DD, Yıl 18, 1988/68-69, s. 512-513); D8D, E. 1987/83, K. 1987/131, KT. 13.3.1987, (DD, Yıl 18, 1988/68-69, s. 505-508); D8D, E. 1988/705, K. 1988/620, KT. 28.9.1988, (DD, Yıl 19, 1989/74-75, s. 469-471).

⁴⁹ Bkz. Danıştay Dava Daireleri Kurul Kararı, E. 1966/234, K. 1967/363, KT. 13.3.1967, (DKD, Yıl 31, Sayı 111-114, s. 114).

birinin kaybedilmesi halinde memuriyet görevine son verilmesinde kanunsuzluk yoktur” demekte⁵⁰; AYİM de “Davacının işlemiş olduğu hırsızlık suçundan Askeri Mahkemece mahkum oluşu karşısında; memuriyette iken memurluğa alınma şartlarından birini kaybetmesi nedeniyle devlet memurluğuna son verilmesinde hukuka aykırılık yoktur.” demektedir⁵¹. Esasında bu durum, memurlukları sırasında memur olma şartlarından herhangi birinin kaybedilmesinin memurluğu sona erdireceği Devlet Memurları Kanunu 98. maddesinde düzenlenmektedir. Dolayısıyla kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası, memur olmadan önce mevcut olduğu durumunda memur olmaya engel olmakta; memur olduktan sonra ortaya çıkması halinde de memuriyeti sona erdirmektedir.

B. Siyasi Haklardan Yoksunluk

a. Genel Olarak

Yeni TCK’nın ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olan belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma kapsamındaki ikinci yoksunluk hali siyasi haklardan yoksunluktur. Siyasi haklardan yoksunluk TCK’nın 53. maddesinde “*Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan...yoksun bırakılır*” şeklinde yer almıştır. Görüleceği üzere bu düzenleme eski TCK’nın düzenlemesi ile benzerdir. Ancak kanaatimizce seçme ve seçilmenin zaten kanunen belirlenen seçim çevresinde gerçekleşecek olması nedeniyle eski TCK’daki “seçim çevresi” ibaresinin yeni TCK’ya alınmaması yerinde bir düzenleme olmuştur. Bununla birlikte belirsiz bir kavram olan ve bu bakımdan ceza hukukunun güvence fonksiyonu ile bağdaşmayan “diğer siyasi haklar” kavramına eski TCK’da olduğu gibi yer verilmesi ile aynı belirsizlik devam ettirilmiştir. Diğer taraftan seçme ve seçilme hakkı yerine Anayasada rastlanmayan seçme ve seçilme ehliyeti kavramının kullanılması da eleştirilmiştir⁵².

Kamu hakları içerisinde ele alınan ve genelde aktif statü hakları olarak isimlendirilen siyasi haklar⁵³; kişinin, siyasal yönetimin (iktidarın) oluşu-

⁵⁰ D5D, E. 1975/5365, K. 1978/1571, KT. 3.5.1978, (DD, Yıl 9, 1979/32-33, s. 415).

⁵¹ AYİM1D, E. 1998/637, K. 1999/295, KT. 23.3.1999, (AYİMD, sayı 14, s. 475-478).

⁵² **Hafizoğulları**, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 94.

⁵³ Kamu hakları genelde negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü hakları şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır (**Kapani**, Munci: Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara 1993, s. 6; **Atar**, s. 90; **Tikveş**, Özkan: Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku, İzmir 1982, s. 111; **Gözler**, Kemal: Hukuka Giriş, Bursa 1998, s. 323; **Erdoğan**, Mustafa: Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2005, s. 177-178).

muna ve kullanımına, yani siyasal yönetimin aldığı kararlara katılmasını sağlayan haklar olarak tanımlanmaktadır⁵⁴. Peki, kişinin siyasal yönetime ve yönetimin aldığı kararlara katılabilmesini sağlayan bu haklar nelerdir? Neler siyasal hak kapsamındadır? Bu soruya cevap vermeden önce şu hususun belirtilmesi gerekir ki, siyasal hak anlayışı zaman içinde değişim geçirmiştir ve bu değişim de halen devam etmektedir⁵⁵. Dolayısıyla siyasal hakkın kapsamına ilişkin bu soruya verilen cevapların, bugünün siyasal hak anlayışını yansıta-acağı açıktır. Söz konusu sorunun cevabı için mevzuatımızdaki düzenlemelere bakıldığında; eski TCK'nın 174. maddesinde sadece "siyasal haklar" ifadesinin kullanıldığı, 20. maddesinde ise "seçme ya da seçilme haklarından ve diğer siyasal haklar"dan yoksunluktan bahsedildiği görülmektedir. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı gibi eski TCK'nın 174. maddesi sadece siyasal hak kavramını kullanarak bu hakkın kapsamı sorusuna hiçbir açıklık getirmemekte; 20. maddesi ise en azından seçme ve seçilme hakkını bir siyasal hak olarak belirtmekte, diğer siyasal haklar ifadesini kullanmak suretiyle de seçme ve seçilme hakları dışında da siyasal hak olduğunu kabul etmiş olmaktadır. Fakat belirsiz bir kavram olan "diğer siyasal haklar" kavramını⁵⁶ kullanmak suretiyle bu diğer siyasal hakların neler olduklarını da göstermediği için hangi hakların siyasal hak olduğu sorusunun ceza kanununda net bir cevabının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Yeni TCK 53. maddesinde yukarı da belirtildiği gibi eski TCK'nın 20. maddesine benzer bir hüküm sevk etmiştir. Fakat eski TCK'dan farklı olarak yeni TCK 114. maddesinde siyasal hakların kullanılmasının engellenmesi başlığı altında siyasal partiye üye olmayı, faaliyetlerine katılmayı ve seçim yoluyla gelinecek kamu görevinden bahsederek seçilme hakkını da düzenlemek suretiyle siyasal hakkın kapsamının somutlaşması açısından olumlu bir

⁵⁴ **Yarsuvat**, Duygun: "Siyasal Hürriyet Aleyhinde Cürümler", İHFM, C. 33, 1968/3-4, s. 107; **Özek**, Çetin: "Siyasal Hürriyet Aleyhinde Cürümler", İHFM, C. 41, 1975/1-2, s. 27, 31; **Erem**, Faruk: "Siyasal Haklara Karşı İşlenen Suçlar", AD, Yıl 42, Haziran 1951/6, s. 888, 889; **Erem**, Faruk: "Siyasal Haklara Karşı İşlenen Suçlar", AÜHFD, C. 8, 1951/1-2, s. 75, 76; **Bayraktar**, Köksal: Siyasal Suç, İstanbul 1982, s. 59; **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, A. Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler 5. Baskı, Ankara 2004, s. 12; **Tezcan/Erdem**, s. 52; **Çitci**, Oya: "Siyasal Haklar ve Kamu Görevlileri", in: Haz. **Gülmez**, Mesut: İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri, TODAİ, Ankara 1992, s. 89.

⁵⁵ **Eroğul**, Cem: Devlet Yönetimine Katılma Hakkı, 2. Baskı, Ankara 1999, s. 83.

⁵⁶ **Hafizoğulları**, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 94.

düzenle getirmiştir.

Anayasa ise ikinci kısım dördüncü bölümde Siyasi Haklar ve Ödevler başlığı altında vatandaşlık (m. 66), seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma (m. 67), parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma (m. 68), kamu hizmetlerine girme (m. 70), vatan hizmetine girme (m. 72), dilekçe hakkı (m. 74) ve vergi ödevini (m. 73) siyasi hak olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla Anayasada hangi hakların siyasi hak kapsamında yer aldığı sorusuna ceza kanununa göre daha net bir cevabın verildiği görülmektedir.

Hangi hakların siyasi hak olduğu sorusunun cevabı için doktrine bakıldığında verilen cevapların yazarlara göre değiştiği görülmektedir. Bazı yazarlar siyasi hak kapsamında sadece seçim hakkını kabul etmektedirler. Ancak bu görüş, siyasi hakkın kapsamını çok daraltmış olduğu, kişilerin siyasal iktidara katılımlarının sadece seçim yoluyla olmadığı, bunun yanında değişik şekillerle doğrudan veya baskı grubu olarak da katılabilme imkânlarının mevcut olduğu belirtilerek eleştirilmiştir⁵⁷. Diğer bazı yazarlar ise bu görüşün aksine siyasi hakkın kapsamını aşırı genişleterek kişinin Anayasa ile teminat altına alınmış hiçbir ayırım gözetmeksizin bütün hakların siyasi hak olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu yazarlara göre örneğin, din hürriyeti, basın hürriyeti, toplanma hürriyeti, dernek kurma hürriyeti, konut dokunulmazlığı, seçim hakları, şikayet ve ihbar (dilekçe) hakları birer siyasi haktır. Bu görüş de eleştirilerek kamu hukukunun reddettiği bir karışıklığa sebebiyet verecek nitelikte olduğu ifade edilmiştir⁵⁸. Siyasi hakkın kapsamı konusunda diğer bir kısım yazarlar daha da ileri giderek esasta, siyasi hak olmadıklarını kabul ettikleri bazı hakları siyasi hakların varlık sebebi olarak görmeleri nedeniyle bu hakların da siyasi hak olarak kabul edilmeleri gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Şahsi hürriyetler adını verdikleri vicdan hürriyeti, toplanma hürriyeti, söz hürriyeti, basın hürriyeti, şahıs hürriyeti ve konut dokunulmazlığı haklarının birer siyasi hak olduğunu söylemişlerdir. Bu görüşün kabul edilmesi durumunda yaşama hakkının dahi siyasi hak sayılması gerektiği ifade edilerek eleştirilmiş ve bir hakkın siyasi hak olup olmadığının tespiti için diğer haklar karşısındaki durumunun değil, hakkın özünün ve içeriğinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir⁵⁹.

Türk doktrininde de siyasi hakkın kapsamı sorusuna verilen cevaplarda yazarlar arasında bir birlik bulunmamaktadır. Bazı yazarlar siyasi hak kav-

⁵⁷ Bkz. **Özek**, Siyasi Hürriyet, s. 31-32.

⁵⁸ Bkz. **Erem**, Siyasi Hak, s. 888-889; **Erem**, Siyasi Haklara Karşı, s. 75-76.

⁵⁹ **Erem**, Siyasi Hak, s. 889; **Erem**, Siyasi Haklara Karşı, s. 76.

ramını ve dolayısıyla siyasi hakkın kapsamını klasik ve modern siyasi haklar şeklinde bir ayırım yaparak açıklamaktadır. Bu yazarlar klasik siyasi hakların vatandaşlık, seçme ve seçilme hakları, kamu memurluklarına girme, dilekçe verme hakkı ve halkoylaması gibi haklar olduğunu belirtmekte; modern siyasi hakların ise siyasi amaçla dernek kurma, parti kurma, bunlara üye olma ve üyelikten çıkma ile siyasi amaca yöneldikleri takdirde toplanma, basın, temaşa ve seyahat hak ve özgürlüklerinin oluşturacağını söylemektedirler⁶⁰. Bazı yazarlar bu yazarların klasik ve modern anlamda siyasi hak ayırımını dar ve geniş anlamda siyasi hak kavramları ile ifade etmektedirler⁶¹. Bazı yazarlar ise siyasi hakkın kapsamı sorusuna doğrudan ve dolaylı siyasi haklar biçiminde bir ayırımla cevap vermektedirler. Bu yazarlara göre siyasi hak, kişinin siyasal iktidarın oluşumuna ve kullanımına doğrudan veya dolaylı olarak katılımını sağlayan her türlü haktır⁶². Diğer bazı yazarlar ise böyle bir ayırım yapmadan hangi hakların siyasi hak olduğunu saymak suretiyle cevaplandırmaktadırlar: Bu yazarlardan bazıları siyasi hakkın kapsamında seçme ve seçilme hakkı, ihbar hakkı, siyasi amaçla toplanma hakkı, dernek kurma hakkı ve kanun karşısında eşitlik haklarının olduğunu belirtmektedirler⁶³. Bazı yazarlar da seçme ve seçilme hakkı, toplanma hakkı, düşünceyi açıklama hakkı, dernek kurma hakkı, basın hakkı ve dilekçe haklarının olduğunu ileri sürmektedirler⁶⁴. Bir kısım yazarlar ise siyasi hak kapsamındaki hakları siyasi partilere üye olma, seçme ve seçilme yeterliliğine sahip olma, çeşitli siyasi kuruluşlar ve oluşumların içerisinde görev ve yetki alma olarak ifade etmektedirler⁶⁵. Diğer bir kısım yazarlar ise seçme ve seçilme, dilekçe verme, siyasi maksatlarla bir araya gelme ve kamu hizmetlerinden eşit olarak yararlanmanın siyasi hakları oluşturduğunu söylemektedirler⁶⁶; ancak bu yazarlar doktrinde siyasi haklar arasında belirtilen dernek kurma hakkının siyasi bir hak olmadığını ileri sürmüşlerdir. Bu görüşlerine gerekçe olarak da 1961 Anayasası'nın ve 648 sayılı 13.7.1965 tarihli Siyasi Partiler Kanu-

60 **Dâver**, Bülent: "Türkiye'de Siyasi Haklar", in: Türkiye'de İnsan Hakları, Türkiye'de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968), Ankara 1970, s. 42-43.

61 **Eroğul**, s. 83.

62 **Özek**, Siyasi Hürriyet, s. 31-32; **Tezcan/Erdem**, s. 52.

63 **Erem**, Siyasi Hak, s. 888; **Erem**, Siyasi Haklara Karşı, s. 75.

64 Bkz. **Özek**, Siyasi Hürriyet, s. 31, 32.

65 **Bayraktar**, Siyasal Suç, s. 59; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler 5. Baskı, s. 12.

66 **Yarsuvat**, Siyasi Hürriyet, s. 107.

nu'nun yürürlükte olduğu bir dönemde, sözkonusu kanununun ikinci maddesindeki “Dernekler, belli bir siyasi partiyi desteklemek veya desteklememek yahut siyasi partiler arasında işbirliği sağlamak... amacıyla kurulamazlar” hükmünü göstermişler ve bu hüküm gereğince derneklerin, siyasi bir dernek olarak kurulamayacaklarını söyleyerek dernek kurma hakkının siyasi haklardan sayılmayacaklarını savunmuşlardır⁶⁷.

Kanaatimizce devletin siyasal yönetiminin oluşumuna ve kullanımına etki eden bütün haklar siyasi hak kapsamında ele alınabilir. Bu tanımla siyasi hakların kapsamının çok genişletilmiş, geniş anlamda bir siyasi hak tanımının yapılmış olduğu açıktır. Sözkonusu tanımı sınırlandırarak siyasi hakkı, doğrudan siyasal yönetimin oluşumuna ve kullanımına etki eden haklardır şeklinde tanımlamak mümkündür. Buna göre bir hakkın dar anlamda veya doğrudan bir siyasi hak sayılabilmesi için o hakkın özü, niteliği dikkate alınmalıdır⁶⁸. Eğer bir hak niteliği itibariyle siyasi değilse dar anlamda siyasi hak olarak kabul etmemek gerekir. Nitelik olarak başka bir hak grubuna dahil olmakla birlikte siyasi yönünde olması o hakkın dar anlamda bir siyasi hak olarak kabul edilmesini gerektirmemelidir. Aslında kişilerin siyasi haklarının korunması açısından siyasi hakların geniş anlamda kabul edilmesi yerinde olmakla birlikte kamu hizmetlerinden yasaklılık gibi yasaklılık halinin sözkonusu olduğu durumlarda siyasi hakların kapsamını dar anlamda kabul etmek gerekmektedir⁶⁹. Çünkü özgürlüklerin varlığı asıl sınırlama istisnadır ve istisnalar açık olmalıdır. Bu nedenle yasaklılık durumlarında her ne kadar bir hak niteliği itibariyle siyasi hak olsa da siyasi hakkın kapsamını Anayasa ve kanunlarda siyasi hak olarak düzenlenen haklarla sınırlı olarak kabul etmek lazımdır. Aksi takdirde özü, niteliği itibariyle siyasi bir hak olan ve fakat Anayasa ve kanunlarda siyasi hak olarak düzenlenmeyen bir hakkın siyasi bir hak olarak kabul edilip kişinin o haktan yoksun bırakılması sözkonusu olabilecektir. Böyle bir durum ise kişi güvenliği, hak ve özgürlüklerini teminat altına alan ceza hukukunun gü-

⁶⁷ Bkz. **Yarsuvat**, Siyasi Hürriyet, s. 108; aksi görüş için bkz. **Özek**, Siyasi Hürriyet, s. 33, dn. 19; Ancak derneklerin siyasi faaliyette bulunamayacağı ile ilgili günümüzde bir sınırlama kalmadığı için dernek kurma hakkının siyasi hak yönünün bulunduğunu söylemek mümkündür. Fakat yinede doğrudan veya dar anlamda bir siyasi hak olarak kabul edilmemelidir.

⁶⁸ Nitekim doktrinde bazı yazarlar hakların mahiyeti araştırılırken, hakkın özü ve mahiyetinin dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedirler (**Erem**, Siyasi Hak, s. 889; **Erem**, Siyasi Haklara Karşı, s. 76).

⁶⁹ Bkz. **Hafizoğulları**, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 94.

vence fonksiyonu ile bağdaşmayacaktır. Bu itibarla Anayasada Kişinin Hakları ve Ödevleri başlığı altında yer verilen düşünce ve kanaat hürriyeti (m. 25), düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m. 26), basın hürriyeti (m. 28), süreli ve süresiz yayın hakkı (m. 29), dernek kurma hakkı (m. 33) ve toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (m. 34) her ne kadar siyasi nitelik arz etse de kamu hizmetlerinden yasaklılık kapsamındaki siyasi haklardan yoksunluk içerisinde ele alınmamalıdır. Çünkü sözkonusu hakların siyasi hak yönleri bulunmakla birlikte; bu haklar esas olarak, nitelik itibariyle negatif statü hakları içerisinde yer alırlar. Yani devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak hakları oluştururlar. Dolayısıyla bu hakların siyasi bir hak sayılıp yoksunluk kapsamında ele alınması bu hakların niteliğine aykırı davranılması, devletin kişinin dokunulamayacak haklarına dokunması, müdahale etmesi anlamına gelecektir. Bu yüzden belli hakları kullanmaktan yoksunluk kapsamındaki siyasi hakları belirlerken Anayasa ve kanunlarda siyasi hak olarak düzenlenen hakları esas almak gerekmektedir. Bu anlamda siyasi haklardan yoksunluk kapsamında sözkonusu olabilecek siyasi haklar arasına Anayasada Siyasi Haklar ve Ödevler başlığı altında düzenlenen şu haklar girecektir: m. 67’de düzenlenen seçme hakkı, seçilme hakkı, bağımsız olarak siyasi faaliyette bulunma hakkı, bir parti içinde siyasi faaliyette bulunma hakkı, halkoylamasına katılma hakkı; m. 68’de düzenlenen siyasi parti kurma hakkı, siyasi partilere girme hakkı, siyasi partilerden ayrılma hakkı; m. 70’deki kamu hizmetlerine girme hakkı ve m. 74’deki dilekçe hakkı girecektir. Bu açıklamalar dikkate alındığında siyasi yasaklılık hallerini TCK’nın 53. maddesindeki düzenleniş tarzına uygun olarak şöylece belirtebiliriz: Seçme veya seçilme hakkı ve diğer siyasi haklar. Diğer siyasi haklar kapsamında da bağımsız olarak veya bir parti içinde siyasi faaliyette bulunma hakkı; halkoylamasına katılma hakkı; siyasi parti kurma, siyasi partiye girme ve ayrılma hakkı; kamu hizmetine girme hakkı ve dilekçe hakkı. Ancak burada bu hakların ayrıntılı bir incelemesi yapılmayacak, sadece siyasi yoksunluk kapsamındaki durumu oranında ve düzenleniş tarzına uygun bir sistematik içinde ele alınacaktır.

b. Seçme veya Seçilme Hakkından Yoksunluk

aa. Seçme Hakkı

Seçme hakkı, kişilere gerek yerel gerekse merkezi siyasal yönetimi belirleme imkânı veren⁷⁰, diğer bir ifade ile kişilerin siyasal yönetimin oluşumu-

⁷⁰ Aliefendioğlu, Yılmaz: “Temsili Demokrasinin ‘Seçim’ Ayağı”, TBBD, Eylül-Ekim 2005/60, s. 76; Öden, Merih: Seçmenlerin Kişi Tercihini Açısından Seçim Sistemleri, Ankara 2003, s. 11.

na doğrudan katılmalarını sağlayan temel bir siyasi haktır⁷¹. Oy hakkı da denen seçme hakkı⁷², temsili demokrasilerde seçimler vasıtasıyla kullanılır⁷³. Nitekim siyasi anlamda seçim, halkın kendisini yönetecek kişileri (temsilcileri) oyuyla belirlemesidir⁷⁴. Seçimler, genel seçimler, yerel seçimler ve ara seçimler olmak üzere üç çeşittir⁷⁵. Genel seçimler, meclis üyelerinin, yani merkezi yönetimin belirlenmesi için yapılan seçimdir. Yerel seçimler ise mahalli yönetimin belirlenmesi için yapılır. Belediye başkanı ve belediye meclis üyeleri, il genel meclisi üyeleri, köy ve mahalle muhtarları, ihtiyar heyeti ve ihtiyar meclisi üyeleri bu yolla seçilirler. Ara seçimler ise seçim dönemi içerisinde ölüm veya istifa gibi nedenlerle boşalan meclis üyelerinin yerine yenilerinin seçilmesi için yapılan seçimdir⁷⁶. İşte belli hakları kullanmaktan yoksun olan kişi, bu kapsamda seçme hakkından yoksun bırakıldığı için sözkonusu seçimlere katılamayacak ve seçme hakkını kullanamayacak demektir. Nitekim Seçim Kanununun 8. maddesinde de kamu hizmetlerinden yasaklıların (belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılanların) seçme hakkını kullanamayacakları belirtilmektedir.

bb. Seçilme Hakkı

Seçilme hakkı ise merkezi yönetim ve yerel yönetim organlarında yer alarak devletin siyasal yönetiminde bulunma hakkıdır. Başka bir deyişle seçilme hakkı, kişilerin yönetim organlarına seçilebilme haklarının olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla kişi bu hakkını kullanarak milletvekili, beledi-

71 Seçme hakkının niteliği konusunda farklı görüşler ortaya atılmıştır. Örneğin seçme hakkının tabi bir hak olduğunu ileri sürenler olduğu gibi bir görev olduğunu ileri sürenler de olmuştur. Bu ve diğer görüşler için bkz. **Karamustafaoğlu**, Tunçer: Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, Ankara 1970, s. 119 vd.; **Teziç**, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2003, s. 249 vd.; **Aliefendioğlu**, s. 83 vd.; **Kalabalık**, Halil: “Avrupa Birliği Ülkeleriyle Karşılaştırmalı Yerel Yönetim Hukuku, Ankara 2005, s. 230.

72 **Kaboğlu**, İbrahim Ö.: Özgürlükler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2002, s. 422.

73 **Kocaoğlu**, A. Mehmet: Anayasa Hukuku, Ankara 1998, s. 222; **Teziç**, s. 240.

74 **Aliefendioğlu**, s. 71-72.

75 Bu siyasi nitelikteki seçimlerin dışında derneklerin, sendikaların, meslek kuruluşlarının ve bazı yargı organlarının görevlilerini belirleyen seçimler de vardır (**Sezen**, Saim: Seçim ve Demokrasi, Ankara 1994, s. 53).

76 **Aliefendioğlu**, s. 74-75; Ayrıca bkz. **Armağan**, Servet: Türk Esas Teşkilat Hukuku 1, İstanbul 1979, s. 97 vd.; **Dâver**, Bülent: Seçim Sistemi ve Anayasa Yargısı”, Anayasa Yargısı 5, Ankara 1989, s. 133 vd.

ye başkanı, il genel meclisi üyesi, belediye meclisi üyesi ve muhtar olabilmek için seçimlere katılabilecektir. Ancak seçilme hakkı da belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma kapsamında olduğundan siyasi haklardan yoksun bulunanlar seçilme hakkını kullanamayacaklardır. Milletvekili seçilebilme yeterliliği açısından bu durum gerek Anayasada (m. 76) gerekse Milletvekili Seçimi Kanununda (m. 11) kamu hizmetlerinden yasaklı olanların milletvekili seçilemeyecekleri açıkça düzenlenmiştir.

c. Diğer Siyasi Haklardan Yoksunluk

aa. Bağımsız Olarak veya Parti İçinde Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı

Bağımsız olarak siyasi faaliyette bulunma hakkı ile bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma hakkından bahsetmeden önce üst kavram olan siyasi faaliyette bulunma hakkından söz etmek gerekmektedir. Siyasi faaliyette bulunma hakkı, bütün siyasi faaliyetleri kapsayacak genişlikte bir kavramdır. Başka bir deyişle sözkonusu hak, devletin siyasal yönetimini etkilemeye yönelik bildiri dağıtmaktan, toplantı ve gösteri yürüyüşüne, dernek kurmaya, parti kurmaya, partiye üye olmaya ve ayrılmaya, oy kullanmaya ve siyasal yönetimde bulunmaya kadar geniş bir kapsamı ifade etmektedir⁷⁷. Bu bakımdan niteliği itibariyle siyasi bir hakkın kullanımına yönelik her türlü faaliyet bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Bununla birlikte yukarıda da belirttiğimiz gibi hakların kullanılmasını yasaklayan hallerde yasaklılık kapsamını sınırlı kabul etmek lazımdır. Dolayısıyla yine Anayasa ve kanunlarda siyasi hak olarak gösterilen haklarla ilgili yapılan faaliyetleri siyasi faaliyette bulunma hakkı kapsamında bir siyasi faaliyet saymak gerekir. Nitekim Anayasanın 67. maddesinin gerekçesinde siyasi faaliyette bulunma seçme, seçilme, siyasi partiye girme ve çıkma ve Anayasada siyasi haklar bölümünde sayılan haklardır demektir⁷⁸. Ancak getirdiğimiz sınırlamanın daha da daraltılması gerekmektedir, çünkü Anayasada siyasi haklar içerisinde düzenlenen kamu hizmetlerine girmek bir siyasi faaliyet olarak görülemez. Bize göre kamu hizmetine girme veya kamu kuruluşlarına girme, kişilerin, devletin siyasal yönetimine ve kullanımına katılması şeklinde siyasi bir hak olarak kabul edilebilirse de doğrudan bir siyasi faaliyet olarak nitelendirilemez. Bir faaliyetin siyasi faaliyet sayılabilmesi için Anayasada ve kanunlarda siyasi hak olarak düzenlenen hakkın kullanımı olarak gerçekleşmesinin yanında

⁷⁷ Bkz. **Dal**, Kemal: Türk Esas Teşkilat Hukuku, Ankara 1984, s. 215-216.

⁷⁸ Bkz. **İzgi**, Ömer/**Gören**, Zafer: Türkiye Cumhuriyetinin Anayasasının Yorumu, C. 1, (Madde 1-78), Ankara 2002, s. 667-668.

seçme, seçilme, siyasi partiye girme ve ayrılma gibi doğrudan doğruya siyasi bir nitelik taşıması gerekir. İşte bu nitelikteki bir siyasi faaliyet, siyasi parti içinde bulunulmadan kişi tarafından bağımsız bir şekilde gerçekleştirilebileceği gibi bir siyasi parti içerisinde de gerçekleştirilebilecektir. Ancak bağımsız olarak siyasi faaliyete bulunma hakkının siyasi partiye girme ve çıkma dışındaki seçme, seçilme gibi diğer siyasi faaliyetleri kapsayacağı açıktır. Yani kişi siyasi partiden bağımsız olarak, siyasi parti içinde olmadan da seçilme hakkını kullanabilecek, örneğin milletvekili, belediye başkanı seçilebilecek, bunun için faaliyette bulunabilecektir. Fakat siyasi hakları kullanmaktan yoksun olan bir kişi bağımsız olarak da siyasi parti içinde bulunarak da bu tür siyasi faaliyetlerde bulunamayacaktır.

bb. Halkoylaması

Halkoylaması bağlayıcılık, konu, usul ve zaman açısından değişik çeşitlerde uygulandığı için, tanımının da bu çeşitlerine göre değişeceği doğaldır⁷⁹. Bununla birlikte genel anlamda halkoylamasını Anayasa ya da kanun yahut bunların değişiklikleri veya önemli bir sorun hakkında halkın oyuna başvurulması şeklinde tanımlamak mümkündür⁸⁰. Dolayısıyla referandum da denilen halkoylaması⁸¹ ile kişi; Anayasa konusunda, Anayasada kabul edilen esaslara göre seçme hakkını kullanarak oluşturduğu devletin siyasal yönetiminin yaptığı anayasa değişiklikleri, kanun ya da kanun değişiklikleri veya aldığı diğer siyasi kararlar konusunda oyunu bildirmektedir. Ancak halkoylaması anayasamızda siyasi haklar arasında yer almış olduğundan siyasi hakları kullanmaktan yoksun bırakılan bir kişinin halkoylamasına katılması ve oyunu bildirmesi mümkün değildir.

cc. Siyasi Parti Kurma, Siyasi Partiye Girme ve Ayrılma Hakkı

Siyasi parti kurma, siyasi partiye girme ve ayrılma hakkı en önemli siyasi haklar arasında yer alır. Çünkü temsili demokrasilerde kişilerin siyasal yönetimin oluşumuna ve kullanımına katılımı daha çok partiler aracılığıyla

⁷⁹ Halkoylamasının çeşitleri hakkında bkz. **Kubalı**, Hüseyin Nail: Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, İstanbul 1971, s. 280 vd; **Teziç**, s. 232 vd.; **Gözler**, Kemal: "Halkoylamasının Değeri", AÜHFD, C. 40, 1988/1-4, s. 98; **Kaboğlu**, İbrahim Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 2005, s. 185 vd.

⁸⁰ **Dâver**, Seçim Sistemi, s. 133; Ayrıca bkz. **Kubalı**, s. 278; **Gözübüyük**, A. Şeref: Anayasa Hukuku, Güncelleştirilmiş 14. Bası, Ankara 2006, s. 77; **Gözler**, Halkoylaması, s. 98.

⁸¹ **Gözübüyük**, Anayasa Hukuku, s. 77; **Kaboğlu**, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 185; **Gözler**, Halkoylaması, s. 98, dn. 8.

gerçekleşmektedir⁸². Örneğin seçme hakkı, bağımsız adaylık dışında siyasi partiler çerçevesinde kullanılırken, siyasal yönetimde partilerden belirlenmektedir⁸³. Bu nedenle siyasi parti kurma, partiye girme ve ayrılma, siyasi hakların önemli bir kısmını oluşturur. Fakat sözkonusu haklar da belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma içinde bulunduğundan, siyasi haklardan yasaklı olanlar bu haklarını kullanmaktan yoksun kalacaktır. Yani siyasi haklardan yasaklı bir kişi siyasi parti kuramayacağı gibi kurulmuş bir partiye de giremeyecek, girdiği veya kurduğu partide de kalamayacaktır. Nitekim Siyasi Partiler Kanunu vatandaşların siyasi parti kurma (m. 5), partiye girme ve çıkma (m. 6) hakkına sahip olduğunu, ancak kamu hizmetlerinden yasaklıların partiye üye olamayacaklarını (m. 11) ifade etmektedir. Bunun yanında Siyasi Partiler Kanunu parti kurucu üyesi olabilme açısından milletvekili seçilme yeterliğine sahip kişilerin kurucu üye olabileceklerini söyleyerek, partiye üye olma ve çıkmada olduğu gibi kamu hizmetlerinden yasaklıların kurucu üye olamayacaklarını açıkça belirtmemektedir, fakat yukarıda da bahsedildiği üzere milletvekili seçilebilmek için de kamu hizmetlerinden yasaklı olmamak arandığı için kişilerin kurucu üye olamayacakları dolaylı bir şekilde ifade edilmiş olmaktadır.

dd. Kamu Hizmetine Girme Hakkı

Kamu hizmetine girme hakkı, kişilerin kamu kurumlarına girme ve orada kalma hakkıdır⁸⁴. Doktrinde bazı yazarlar bu haklara, kamu hizmetinde yükselme hakkını da eklemektedirler⁸⁵. Ancak burada bizi ilgilendiren ve siyasi haklardan yoksunluk kapsamında olan kısmı kamu hizmetine girme ve kamu hizmetinde kalma hakkıdır. Çünkü siyasi haklardan yoksunluk kişinin kamu hizmetine girmesini engelleyeceğinden ve kişi kamu hizmetinde ise burada kalma hakkını sonlandıracağından kamu hizmetinde yükselme hakkıyla ilgili

⁸² Erdoğan, s. 125.

⁸³ Bkz. Eroğul, s. 202, 222 vd.

⁸⁴ Aymakoğlu, s. 197; Nitekim Anayasa Mahkemesinin bir kararının ek gerekçesinde Anayasanın 70. maddesi ile güvence altına alınanın yalnızca kamu hizmetine girme ve hizmete alınma olmadığı aynı zamanda hizmette kalmayı da kapsadığı belirtilmiş ve aksi bir kabulün hizmete alınan kişinin her an işine son verilme olasılığını doğuracağı bunun da anılan hakkın güvence fonksiyonunu son derece daraltmış olacağı ifade edilmiştir (AMK, E. 2003/67, K. 2003/88, KT. 8.10.2003, AMKD, C. 1, 2005/40, s. 217-218).

⁸⁵ Bkz. Zabunoğlu, Yahya K.: “Kamu Hizmetine Girme, Hizmette Kalma ve Yükselme Hakkı”, in: Haz. Gülmez, Mesut: İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri, TODAİ, Ankara 1992, s. 179.

bir durumdan bahsedilemeyecektir.

Doktrinde çoğu yazarlar tarafından kamu hizmetine girme hakkındaki kamu hizmeti kavramının, kamu kurumunu ifade ettiği belirtildiğinden⁸⁶, kanaatimizce yazarların bu ifadeleriyle kamu hizmetine girme hakkını dar anlamda kamu görevlisi olarak girme şeklinde kabul ettikleri söylenebilir. Bazı yazarlar da milletvekili, başbakan ve bakanların kamu hizmeti gören kimseler sayılmayacağını belirtmek suretiyle kamu hizmetine girme kapsamını sınırlamaktadır⁸⁷. Yine bazı yazarlar da yasama ve yürütme organlarında görev almanın, Anayasanın 67.maddesindeki seçilme hakkı ile gerçekleşmekte olduğunu; kamu hizmetine almanın ise Anayasanın 70. maddesindeki kamu hizmetlerine girme hakkının kullanılması sonucu sağlanmakta olduğunu ifade ederek daraltıcı bir yorum yapmaktadırlar⁸⁸. Anayasa Mahkemesi de bir kararında, Anayasanın 70. maddesi ile güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkının, idare hukuku esaslarına göre devlet memuriyetine girme hakkını ifade ettiğini belirtmektedir⁸⁹. Bazı yazarlar tarafından ise kamu hizmetine girme hakkının, kamuda sadece memur statüsünde çalışmayı değil, geniş anlamda kamu görevlisi olarak çalışabilmeyi kapsadığı ifade edilmektedir⁹⁰. Dolayısıyla kamu hizmeti girme hakkı bu şekilde anlaşılınca devletin siyasi yapısında görev yapan kişiler örneğin cumhurbaşkanı, başbakan, milletvekili ile belediye başkanı, muhtar, yerel idare meclis üyeleri ve mükellef olarak tanık, mecburi bilirkişiler ve adli yardım yoluyla bir kişiyi savunan avukatlar da bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Bize göre de kamu hizmetine girme hakkı geniş anlamda kamu görevlisi olarak çalışmayı ifade etmektedir. Çünkü siyasi haklar arasında düzenlenen bu hak

⁸⁶ **Gözübüyük/Tan**, s. 541; **Günday**, Metin: İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Ankara 2003, s. 295; **Gözler**, Kemal: İdare Hukuku, C. 2, Bursa 2003, s. 217.

⁸⁷ **Güran**, Sait: “Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu”, Anayasa Yargısı 1, Ankara 1984, s. 196, 197.

⁸⁸ **Duran**, Lutfi: “Sait Güran Tarafından Sunulan Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu Tebliğine İlişkin Yorum”, Anayasa Yargısı 1, Ankara 1984, s. 202.

⁸⁹ Anayasa Mahkemesi kararı karşı oy yazısı, AMK, E. 2002/8, K. 2003/47, KT. 4.6.2003, (AMKD, C. 2, 2004/39, s. 589).

⁹⁰ **Sezer**, Yasin: “Kamu Hizmetine Girme Hakkı”, SÜHFD, C. 11, Cumhuriyetimize 80. Yıl. Armağanı, 2003/3-4, s. 155; **Sezer**, Yasin: “Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi Açısından İstisnai Memurluklar”, SÜHFD, C. 11, Cumhuriyetimize 80. Yıl. Armağanı, 2003/3-4, s. 175.

ile kişilerin kamu hizmetine girme hakkı güvence altına alınmaktadır. Başka bir deyişle bu hak kişilerin kamu hizmetine girerek devletin siyasal yönetime girme ve kullanımına katılma hakkının gerçekleştirilmesini teminat altına alan bir haktır. Dolayısıyla kamu hizmetine girme hakkının, doktrindeki diğer görüş ve Anayasa Mahkemesinin görüşü gibi kabul edilmesinde durumunda, sözkonusu hakkın kapsamı daraltılmış, sınırlanmış olacaktır. Bu ise kamu hizmetine girme hakkının düzenlenme amacına aykırılık oluşturacaktır. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki kamu hizmetine girme kapsamında olan seçilme suretiyle kamu görevlisi olma, seçilme hakkı ile de güvence altına alınmış bulunsa da bu durum onların kamu hizmetine girme hakkı kapsamı dışında ele alınmalarını gerektirmemelidir. Bununla birlikte mükellefler idarenin tek taraflı hukuki tasarrufu ile rızalarına bakılmaksızın zorla kamu hizmetine alındıklarından⁹¹, bir haktan bahsedilemeyeceği için bu kapsamda değerlendirilmemelidirler. Bu açıklamalara göre siyasi haklar içerisinde düzenlenen kamu hizmetine girme hakkının diğer bir belli hakları kullanmaktan yoksunluk hali olan kamu görevini üstlenmekten yoksunluk halini de kapsadığını söylemek mümkündür⁹².

Kamu hizmetine girme hakkı ile kişiler devletin siyasal yönetiminde yer alacakları ve yönetimin kullanımına da katılmış olacakları için kamu hizmetine girme hakkı siyasi hak kapsamındadır⁹³. Dolayısıyla kamu hizmetine girme hakkı da belli hakları kullanmaktan yoksunluk kapsamındaki siyasi haklar içinde olduğu için siyasi haklardan yoksun olanlar bu haklarını kullanıp kamu hizmetine giremeyecek, kamu hizmetinde bulunanlarda bu hizmetlerden çıkarılacaklardır.

ee. Dilekçe Hakkı

Latince “petitum” (talep) orijinli bir kavram olan dilekçe hakkı⁹⁴, 1982 Anayasasının Siyasi Haklar ve Ödevler başlıklı dördüncü bölüm 74. maddesinde düzenlenerek güvence altına alınmıştır. Dilekçe hakkı siyasal yöneti-

91 **Onar**, C. 2, s. 1082-1083; **Akyılmaz**, s. 370-371.

92 Nitekim bizim kamu görevinin üstlenilmesinden yoksunluk (memuriyetten yasaklılık) başlığı altında incelediğimiz konu bir başka çalışmada kamu hizmetine girme hakkı başlığında ele alınmıştır. Bkz. **Keçelioğlu**, s. 41 vd.

93 Doktrinde bazı yazarlar kamu hizmetine girme hakkının negatif statü hakkı yönünün bulunduğunu da ileri sürmektedirler. Bkz. **Zabunoğlu**, s. 182 vd.

94 **Özgenç**, İzzet/**Şahin**, Cumhuriyet: “İddia ve Savunma Hakkı”, GÜHFD, C. 5, Haziran-Aralık 2001/1-2, s. 85.

min oluşmasına pek fazla etkili bir hak olmamakla birlikte⁹⁵ siyasal yönetimin kararlarını etkileyen siyasi başvuru yollarından biridir ve kişilerin kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında yetkili makamlara ve meclise başvurularını ifade etmektedir⁹⁶. Bu itibarla dilekçe hakkı, subjektif bir kamu hakkıdır⁹⁷. Subjektif bir haktır, zira bu hak, toplu veya bireysel olarak ancak kişiler tarafından kullanılabilir. Kamu hakkıdır, çünkü bu hakkın kullanılması suretiyle kişiler taleplerini resmi makamlara iletebilirler⁹⁸. Kişilerin resmi makamlara taleplerini iletmeleri, Anayasanın 74. maddesinde belirtildiği üzere dilek veya şikayet niteliğindeki başvurularla gerçekleşmektedir. Doktrinde bazı yazarlar şikayetin bireysel, dilek şeklindeki başvurunun ise genel nitelikte olduğunu belirtmektedir⁹⁹. Ancak bu yazarlardan bazıları daha sonra şikayetin bir kişinin ya da kamunun çıkarlarının zedelenmesi veya hukuk düzenindeki aksaklığın ortaya konması ile ilgili bir başvuru olduğunu; dilek niteliğindeki başvuruların ise bir ya da birden çok kişinin kendilerini ya da kamuyu ilgilendiren konularda alınması gereken önlemleri veya istekleri dile getiren başvurular olduğunu ifade ederek aslında ikisinin de genel veya bireysel nitelikli başvurular olabileceğini söylemiş olmaktadır¹⁰⁰. Ayrıca bazı yazarlar ise dilek niteliğindeki başvuruların siyasi içerikli, şikâyetin ise siyasi içerikli olmadığını ifade etmektedirler¹⁰¹. Diğer taraftan meclise yapılan dilek niteliğindeki başvuruların siyasi içerikli dolayısıyla siyasi bir hak olduğu da ileri sürülmüştür¹⁰². Kanaatimizce şikâyet ve dilek niteliğindeki başvurular genel veya bireysel nitelikte olabilir ve her ikisinde de siyasal yönetimden olumlu veya olumsuz bir şeyin yapılmasını isteme veya bir şeyin verilmesini talep etme vardır. Fakat şikâyette siyasal yönetimden istenen şey genelde olumsuz bir durumun, uy-

95 **Armağan**, Servet: Dilekçe Hakkı ve 1961 Anayasası, İstanbul 1972, s. 53; **Tamer**, Mustafa: "Dilekçe Hakkı", TİD, Mart 1990/386, s. 204.

96 **Teziç**, s. 229.

97 **Özgenç/Şahin**, İddia ve Savunma Hakkı, s. 85; **Armağan**, Dilekçe Hakkı, s. 53; Dilekçe hakkının niteliği hakkında bkz. **Armağan**, Dilekçe Hakkı, s. 51 vd.; **Mattern**, Karl-Heinz (Çev. Servet **Armağan**): "Dilekçe Hakkı", IHFM, C 35, 1970/1-4, s. 427; **Tamer**, s. 203-204.

98 **Özgenç/Şahin**, İddia ve Savunma Hakkı, s. 85.

99 **Erem**, Siyasi Hak, s. 893; **Erem**, Siyasi Haklara Karşı, s. 80; **Teziç**, s. 229.

100 Bkz. **Teziç**, s. 229.

101 **Erem**, Siyasi Hak, s. 893-894; **Erem**, Siyasi Haklara Karşı, s. 80-81; **Teziç**, s. 229.

102 **Erem**, Siyasi Hak, s. 894; **Erem**, Siyasi Haklara Karşı, s. 81.

gulamanın ortadan kaldırılması iken, dilek de ise olumlu bir uygulamanın yapılmasını isteme sözkonusudur¹⁰³. Ancak dilek ve şikâyet ile ilgili içeriğinin siyasi olup olmaması açısından bir ayırım yapılamayacağı gibi meclise yapılan dilek niteliğindeki başvuruların siyasi, şikâyet niteliğindeki başvuruların ise siyasi olmadığı şeklinde de bir ayırım yapılamaz. Zira dilekçe hakkının düzenlendiği ne Anayasanın 74. maddesinde ne de 3071 sayılı Dilekçe Kanununda dilek ve şikâyetin gerek içeriğinin siyasi olup olmaması bakımından gerek meclise yapılan dilek niteliğindeki başvuruların siyasi olduğunu ifade açısından gerekse bunların genel ve bireysel nitelikte olması açısından farklı bir ifade bulunmamaktadır. Dolayısıyla dilek veya şikâyet niteliğinde yetkili makamlara veya meclise yapılan bütün başvurular sonuçta siyasal yönetimin kararlarını az ya da çok veya doğrudan ya da dolaylı olarak etkileyeceği için siyasi niteliklerinin bulunduğu açıktır. Diğer taraftan aslında kişiler yapmış oldukları dilek ve şikâyetleri sonucunda siyasal yönetimin kararlarını etkilemek suretiyle kendilerinin veya kamunun menfaatini de korumuş oldukları¹⁰⁴ için hak arama hürriyetinin de birer gerçekleştiriliş şekilleri olmaktadır. Bu itibarla dilekçe hakkı her ne kadar Anayasada Siyasi Hak ve Ödevler bölümünde düzenlenmiş bulunsa ve dolayısıyla bir siyasi hak olarak belli hakları kullanmaktan yoksunluk kapsamında da görülse bu kapsamda ele alınmamalı, yani kişilerin gerek dilek gerekse şikâyet niteliğindeki dilekçe hakkını kullanmalarına engel olunmamalıdır¹⁰⁵. Çünkü Anayasanın 74. maddesi ile bütün vatandaşlara tanınan dilekçe hakkını başka bir kanunla engellemek çelişkili bir durum oluşturacaktır¹⁰⁶. Nitekim yeni TCK 121. maddesinde yerinde bir yaklaşımla dilekçe hakkının kullanılmasını güvence altına almıştır. Diğer taraftan bu hakka engel olunması kişilerin hak arama hürriyetine engel olunması anlamına da gelecektir.

Doktrindeki bazı yazarlar dilek ve şikâyet ile ilgili yapmış oldukları ayırımın sonucu olarak sadece dilek niteliğindeki başvuruları siyasi nitelikte kabul ettikleri için siyasi haklardan yoksunluk kapsamına da sadece dilek niteliğindeki başvuruların gireceğini şikâyet niteliğindeki başvuruların ise girmeyeceğini belirtmişlerdir¹⁰⁷.

¹⁰³ Bkz. **Armağan**, Dilekçe Hakkı, s. 77 vd.; **Tamer**, s. 211.

¹⁰⁴ **Armağan**, Dilekçe Hakkı, s. 53.

¹⁰⁵ **Armağan**, Dilekçe Hakkı, s. 66; **Hafizoğulları**, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 94.

¹⁰⁶ Bkz. **Hafizoğulları**, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 94.

¹⁰⁷ **Erem**, Siyasi Hak, s. 894; **Erem**, Siyasi Haklara Karşı, s. 81.

C. Velayet Hakkından, Vesayet veya Kayyımlığa İlişkin Bir Hizmette Bulunmaktan Yoksunluk

Yeni TCK'nın ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak öngördüğü hak yoksunluklarından bir diğeri de velayet hakkından, vesayet veya kayyımlığa ilişkin bir hizmette bulunmaktan yoksunluktur. Yeni TCK bu yoksunluğu “*Velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan...yoksun bırakılır*”, şeklinde düzenlemiştir.

a. Velayet

Velayet, Türk Medeni Kanunu'nun 335-351. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Kanundaki düzenlemesi itibariyle genel olarak velayet, ergin olmayan çocuklarla kısıtlanan ergin çocukların şahısları ve malları üzerinde ana ve babaya tanınan hak ve yükümlülüklerdir şeklinde tanımlanabilir¹⁰⁸. Tanımdan da anlaşılabilir gibi kanun, velayet altında olanları, ergin olmayan çocuklarla kısıtlanan fakat hâkim tarafından vasi tayinine gerek görülmeyen ergin olan çocuklar olarak düzenlemektedir. Bu çocuklar üzerindeki velayet hakkı da sadece ana ve babaya tanınmaktadır (TMK m. 335). Dolayısıyla ne kadar yakın olursa olsun büyükanne ve büyükbaba gibi diğer akrabaların velayet hakkı bulunmamaktadır¹⁰⁹. Ayrıca Medeni Kanun kural olarak velayeti çocuğa kan bağı ile bağlı olan ana ve babaya tanımış, üvey ana ve üvey babaya tanımamıştır (TMK m. 338). Bununla birlikte TMK, 314. maddesindeki “*Ana ve babaya ait olan haklar ve yükümlülükler evlat edinene geçer*” şeklindeki düzenlemesiyle kanaatimizce kan bağı olmasa bile evlat edinilen kişi üzerindeki velayet hakkının evlat edinene geçeceğini ka-

¹⁰⁸ **Zevkliler**, Aydın/**Acabey**, M. Beşir/**Gökyayla**, K. Emre: Medeni Hukuk, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara 1999, s. 1117; **Feyzioğlu**, Necmeddin Feyzi (Haz. Cumhur **Özakman**/Enis **Sarıal**): Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1986, s. 503-504; **Tekinay**, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul 1984, s. 497; **Oğuzman**, Kemal/**Dural**, Mustafa: Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 272; **Akıntürk**, Turgut: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Göre Uyarlanmış, C. 2, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2006, s. 419; **Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s. 625; **Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Alper: Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C. 3, İstanbul 2005, s. 519; **Çetiner Baktır**, Selma: Velayet Hukuku, Ankara 2000, s. 30; **Özlu**, Hakkı: Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması, Ankara 2002, s. 17.

¹⁰⁹ **Akıntürk**, Turgut: Medeni Hukuk, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Bası, İstanbul 2001, s. 274; **Öztan**, s. 627; **Köprülü**, Bülent/**Kaneti**, Selim: Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 1989, s. 246.

bul etmiştir. Gerçi madde, bu hususu açıkça ifade etmemektedir. Fakat madde, anne ve babaya ait hak ve yükümlülüklerin evlat edinene geçeceğini belirttiği ve TMK'nın 335. maddesinde ergin olmayan çocuğun velayetinin anne ve babaya ait olduğu hüküm altına alındığı için, anne ve babaya ait olan velayet hakkı da evlat edinene geçecektir. Bu itibarla Medeni Kanun yalnızca füruu üzerinde değil evlat edinilen üzerinde de velayet hakkını kabul etmiş bulunmaktadır. Yeni TCK'nın 53/1. maddesinin sadece velayetten bahsetmesi ve her hangi bir ayrıma gitmemesi nedeniyle belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılan kişi gerek füruu üzerindeki gerekse evlatlığı üzerindeki velayet hakkını mahkum olduğu hapis cezasının infazı tamamlanmaya kadar kullanamayacaktır. Ancak TCK'nın 53/3. maddesi gereğince mahkum olduğu hapis cezası ertelenen ya da koşullu salıverilen hükümlü kendi altsoyu üzerindeki velayet hakkını kullanmaktan yoksun bırakılmayacaktır. Yani, mahkum olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak 53/1. fıkrada belirtilen diğer haklardan yoksun kalacak, fakat kendi altsoyu üzerindeki velayet hakkını kullanabilecektir. Hükümlünün koşullu salıverilmesi halinde ise 53/1. fıkrada belirtilen diğer haklardan yoksunluk devam edecek, ancak kendi altsoyu üzerindeki velayet hakkından yoksunluk son bulacaktır. TCK'nın 53/3. maddesi açıkça hükümlünün kendi altsoyundan bahsettiği için hükümlünün mahkum olduğu hapis cezası ertelense veya hükümlü koşullu salıverilse dahi mahkumiyetin kanuni sonucu olan evlatlığı üzerindeki velayet hakkını kullanmaktan yoksunluğu devam edecektir.

Ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak velayet hakkından yasaklı bulunan kişiler, artık velayet haklarını kullanamayacaklardır. Velayet hakkının kapsamı ise çocuğun şahsı ve malları bakımından ayırım yapılarak Medeni Kanunun 339 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla mahkumiyetin sonucu olarak kişi sözkonusu çocuğun şahsı ve malları üzerindeki yetkisini kullanamayacaktır.

Eski TCK'nın 20. maddesindeki velayetten yoksunluğa ilişkin “velayete müteallik bir hizmette bulunmaktan” ifadesi, yeni TCK'da “velayet hakkından” şeklinde kaleme alınmıştır. Bize göre velayet, hak yönü ağırlıklı olmakla beraber görev yönü de olan iki yönlü bir kavramdır. Zira velayet, anne ve babanın kendi çocuğunun gelişimi, eğitimi ve geleceğini belirlemesi açısından hak, çocuk yönünden düşünüldüğün de ise çocuğu korunmaya muhtaç-

lıktan çıkarmak bakımından anne ve baba için bir görev görülmektedir¹¹⁰. Nitekim hak ve görev arasında karşılıklı bir bağlantı bulunmaktadır¹¹¹. Diğer taraftan hak veya görevin yerine getirilmesi için hukuk düzeni tarafından kişilere yetkiler verilmesi gerektiğinden, velayetin hak ve görev yönlerini karşılamak üzere kanaatimizce maddedeki ifadenin “velayete ait yetkilerin kullanılmasından yoksun bırakılır” şeklinde formüle edilmesi daha uygun olurdu.

b. Vesayet ve Kayımlık

Vesayet Türk Medeni Kanunu'nun 396-494. maddeleri arasında oldukça kapsamlı bir şekilde düzenlenmektedir. Buradaki düzenlemesi itibariyle vesayeti, şahsi ve mali menfaatlerini korumak iktidar ve ehliyetinden yoksun olan ve velayet altında bulunmayan çocuklar ile kısıtlanan ve fakat velayet altına alınmayan ergin kişilerin korunması amacıyla, devletçe teşkilatlandırılmış, kişinin bakımını, ihtimamını ve mali menfaatlerinin korunmasını ve temsilini öngören bir kurumdur şeklinde tanımlamak mümkündür¹¹².

Medeni Kanunda vesayet, kamu vesayeti ve özel vesayet olarak iki şekilde düzenlenmiştir. Kamu vesayetinde, vesayet kurumunu, vesayet organları da denilen vesayet daireleri ile vasi ve kayımlar oluşturmaktadır (TMK m. 396). Kamu vesayetinde vesayet daireleri, vesayet makamı olarak Sulh hukuk mahkemesi, denetim makamı olarak da Asliye hukuk mahkemesidir (TMK m. 397). Bunlar daha çok karar ve kontrol organlarıdır. Vasi ve kayımlık kamu vesayetindeki vesayet makamı olan Sulh hukuk mahkemesi tarafından tayin olunur. Vesayete ilişkin asıl işleri görenlerse vasi ve kayımdır¹¹³. Vasi, vesayet makamı tarafından (TMK m. 413) vesayet altındaki çocuğun ve kısıtlı ergin kişinin şahsi ve mali menfaatlerini korumak ve hukuku işlemlerde onu temsil etmekle görevlendirilen kişidir (TMK m. 403). Kayımlık, vesayet makamı tarafından (TMK m. 426, 427) belirli bir işin görülmesi veya belirli bir malın yönetimi için tayin edilen kişidir (TMK m. 403). Kamu vesayet organları arasında her ne kadar sayılmamış olsa da Medeni Kanununun 429. maddesinde düzenlenen yasal danışmanlık da vesayet

¹¹⁰ Velayetin hem hak hem de görev olduğu yönünde bkz. **İmre**, s. 225-226; **Köprülü/Kaneti**, s. 245; **Akıntürk**, Aile Hukuku, s. 395; Velayet hakkının niteliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Çetiner Bakır**, s.27 vd.; **Öztaş**, s. 626 vd.; **Özlu**, s. 27 vd.

¹¹¹ **Güriz**, Adnan: Hukuk Başlangıcı, 10. Baskı, Ankara 2005, s. 50.

¹¹² **Öztaş**, s. 747; **Feyzioğlu**, Aile Hukuku, s. 625; **Akıntürk**, Aile Hukuku, s. 481; **Oğuzman/Dural**, s. 426.

¹¹³ **Öztaş**, s. 751.

organlarından birisidir¹¹⁴. Yasal danışman, bir kimsenin kısıtlanmasına yeterli sebep olmamasına rağmen, yine de menfaatinin korunması amacıyla fiil ehliyetinin sınırlandırılması gereken durumlarda ergin bir kişiye 429. maddede sayılan işlemlerde oyu alınmak üzere tayin edilen kişidir (TMK m. 429)¹¹⁵.

Özel vesayet ise vesayet altındaki kişinin menfaatinin haklı gösterdiği, özellikle bir işletmenin, bir ortaklığın veya buna benzer işlerin yürütülmesi için gereken durumlarda vesayetin bir aileye verilmesidir (TMK m. 398). Bu vesayet, vesayet altındaki kişinin fiil ehliyetine sahip iki kişinin veya bunlardan birinin ya da eşinin talep etmesi ile denetim makamı olan Asliye hukuk mahkemesi tarafından kurulur (TMK m. 399). Özel vesayette denetim makamı olarak yine Asliye hukuk mahkemesi, vasi ve kayyım kalmakta¹¹⁶, sadece vesayet makamı olan Sulh hukuk mahkemesinin yerini aile meclisi almaktadır. Bu husus, özel vesayeti kamu vesayetinden ayırmaktadır¹¹⁷. Buradaki aile meclisi vesayet altındaki kişinin vasi olmaya ehil denetim makamınca atanacak en az üç hısımından oluşmaktadır (TMK m. 400).

Görüldüğü gibi vesayet kurum olarak; sadece vasinin değil, vasinin de dahil olduğu bütün bir düzene ait görev ve yetkileri ifade etmektedir¹¹⁸. Bu itibarla mahkumiyetin kanuni sonucu olarak vesayete veya kayyımliğa ilişkin bir hizmette bulunmaktan yasaklılık geniş olarak ele alınmalıdır. Dolayısıyla mahkumiyetin kanuni sonucu olarak belli hakları kullanmaktan yoksun kalanlar vesayet dairelerinde görev alamayacakları gibi vasi, kayyım ve yasal danışman da alamayacaklardır, ayrıca özel vesayette vesayet makamı olan aile meclisinde de yer alamayacaklardır. Hemen belirtmek gerekir ki vesayet daireleri olan sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemesi hâkimleri kamu görevlileri olmaları nedeniyle aynı zamanda kamu görevinin üstlenilmemesinden yoksunluk kapsamına da girmektedirler. Belli hakları kullanmaktan yoksunluk kişinin vesayet kurumunda görev almasını engellediği gibi eğer

¹¹⁴ Akıntürk, Aile Hukuku, s. 487, 515; Öztan, s. 751, 796; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 713, 726.

¹¹⁵ Feyzioğlu, Aile Hukuku, s. 627.

¹¹⁶ Doktrindeki bazı yazarlar özel vesayetin organları arasında kayyım ve yasal danışmanın bulunmadığını belirtmektedirler (Oğuzman/Dural, s. 430; Öztan, s. 752; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 571-572).

¹¹⁷ Öztan, s.753; Feyzioğlu, Aile Hukuku, s. 628.

¹¹⁸ Öztan, s. 747; Tekinay, Aile Hukuku, s. 643; Ayrıca bkz. Oğuzman/Dural, s. 423.

bir görevi varsa bu görevini de sona erdirecektir¹¹⁹. Nitekim Medeni Kanun kamu hizmetlerinden yasaklı olanların vasi olamayacaklarını belirtmekte (TMK m. 418) ve vasiliğe engel bir sebebin ortaya çıkması durumunda da vasinin görevden çekilmek zorunda olduğunu hüküm altına almaktadır (TMK m. 481). Keza Medeni Kanununun vasi hakkındaki hükümleri aksi belirtilmedikçe kayyım hakkında da uygulanacağı için (TMK m. 403), aynı husus kayyım olanlar açısından da geçerli olmaktadır.

Ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılanlar vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan, mahkum oldukları hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar yoksun kalacaklardır. Bununla birlikte velayet konusunda da belirtildiği gibi TCK'nın 53/3. maddesi gereğince mahkum olduğu hapis cezası ertelenen ya da koşullu salıverilen hükümlü kendi altsoyu üzerindeki vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan yoksun bırakılamayacaktır. Yani, mahkum olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak 53/1. fıkrada belirtilen diğer haklardan yoksun kalacak, fakat kendi altsoyu üzerindeki vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunabilecektir. Hükümlünün koşullu salıverilmesi halinde de 53/1. fıkrada belirtilen diğer haklardan yoksunluk devam edecek, ancak kendi altsoyu üzerindeki vesayet veya kayyımlığa ilişkin hizmette bulunma hakkından yoksunluk son bulacaktır. TCK'nın 53/3. maddesi açıkça hükümlünün kendi altsoyundan bahsettiği için hükümlünün mahkum olduğu hapis cezası ertelense veya hükümlü koşullu salıverilse dahi mahkumiyetin kanuni sonucu olan kendi altsoyu dışındaki vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan yoksunluk devam edecektir.

Eski TCK'nın 20. maddesindeki “velayet ve vesayete müteallik bir hizmette bulunmak ifadesi”, yeni TCK'nın 53. maddesinde “velayet hakkında; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan” şeklinde değiştirilmiştir. Bu yeni düzenleme açısından ilk olarak şunu belirtmek gerekir ki kanaatimizce kanunkoyucu bu yeni ifadesiyle, haklı olarak velayet ve vesayet kurumlarının niteliği konusunda bir ayırım yapmış ve velayeti bir hak olarak gördüğünü vesayeti ise bir görev olarak gördüğünü ifade etmiştir.

¹¹⁹ **Erem**, Faruk/**Danışman**, Ahmet/**Artuk**, Mehmet Emin: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Tümüyle Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Ankara 1997, s. 749-750; **Gözübüyük**, Abdullah Pulat: Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 1, (Madde 1 -124), Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul 1988, s. 250.

Bize göre de vesayet, hak olarak kabul edilemez; vasi, kayyım ve yasal danışman ile sulh ve asliye hukuk mahkemelerinin sahip oldukları kanunen verilen ve belirli yetkilerle donatılmış bir görevdir¹²⁰. Bu görev bir kamu görevi niteliğindedir. Zira vesayet daireleri olan sulh ve asliye hukuk mahkemeleri kamu makamlarıdır ve bir kamu görevi ifa etmektedirler¹²¹. Özel vesayette sulh hukuk mahkemesinin yerini aile meclisinin alması da kanaatimizce vesayetin bir kamu görevi olma niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü bu vesayet türünde de denetim makamı olarak asliye hukuk mahkemesi bulunmakta ve vasi atanmaktadır¹²². Vasi, kamu makamları tarafından tayin edildiği (TMK m. 413, 419), kanunen tanınan yetkileri kullandığı (TMK m. 438 vd.) ve vasilikten kaçınma sebepleri (TMK m. 417) bulunmadığı sürece bu görevi kabul etmekle yükümlü olduğuna (TMK m. 416) göre vasi de bir kamu görevi görmektedir¹²³. Kayyım ve yasal danışman da kamu makamları tarafından atandığı ve kanunen tanınan yetkileri kullandığı (TMK m. 458 vd.; 429) ve her ne kadar kayyımlık ve yasal danışmanlığı kabulden kaçınmakla ilgili kanunda açık bir hüküm yer almasa da TMK'nun 403 ve 431. maddeleri gereğince kanaatimizce bu yükümlülük onlar açısından da geçerli olduğu için kamu görevi yapmaktadırlar¹²⁴. Bu nedenle vasi, kayyım ve yasal danışmanın kamu görevlisi olduğu söylenebilecektir. Fakat bu kişiler kamu görevlisi olmakla birlikte DMK'nun 4. maddesi anlamında memur olarak kabul edilemezler¹²⁵. Çünkü memurlar asli ve sürekli bir kamu görevi görmemekte ve devletin kadro dereceleri içinde kaynaşmış halde değildirler. Fakat yeni TCK'nu 6/c maddesinde kamusal faaliyetin yürütümüne katılımının süreli veya geçici olması halinde de kişinin kamu görevlisi olacağını ifade ettiğine göre vesayet organlarında yer alan vasi, kayyım ve yasal da-

¹²⁰ Öztan, s. 748; Özmen, İsmail: Açıklamalı İçtihatlı Vesayet Hukuku Davaları, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2004, s. 47-48; Oğuzoğlu, Cahit: Medeni Hukuk II, Aile Hukuku, 5. Basım, Ankara 1963, s. 338.

¹²¹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1145.

¹²² Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1146.

¹²³ Bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1145; Öztan, s. 747.

¹²⁴ Ancak doktrinde bir görüş kayyımlık ve vasilikte kişilerin menfaatlerin ön planda olduğu kamu menfaatinin bulunmadığı gerekçesiyle kayyımlık, vasilik gibi kanuni görevlerin kamu görevi olmadıklarını belirtmektedir (Ögel, Ragıp: "Devlet İdaresi Aleyhine Suçlar 1", AD, Yıl 32, 1941/7, s. 473).

¹²⁵ Doktrinde Oğuzoğlu, "Vasi medeni kanunda yazılı işleri ifaya memur olan şahıstır", demektedir, Bkz. Oğuzoğlu, s. 338.

nışman kamu görevlisi olmaktadır. Netice itibariyle vasi, kayyım ve yasal danışman bir kamu görevi ifa ettiklerine göre madde “vesayete ait bir görev yapmaktan yoksun bırakılır” veya “vesayete ait yetkiyi kullanmaktan yoksun bırakılır”, şeklinde ifade edilebilirdi. Bu itibarla maddede yer alan “vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan” ifadesindeki “hizmet” kelimesini yerinde bulmamaktayız.

Ayrıca şunu da ifade etmek gerekir ki eski TCK'dan farklı olarak kayyımlıktan da bahsedilmesi bize göre yerinde olmamıştır. Gerçi belirlilik ilkesi açısından kayyımlığın ayrıca gösterilmesi uygun olmakla birlikte, yasal danışmanlığın kapsam dışında bırakılması gibi bir izlenim vermiş olması nedeniyle doğru bir yaklaşım olmamıştır. Çünkü vesayet açıklanırken de belirtildiği gibi vesayet bir kurum olarak kayyımlığı ve yasal danışmanlığı da kapsamaktadır. Dolayısıyla kayyımlıktan ayrıca bahsedilmese bile vesayete ait bir hizmette bulunmaktan yoksun bırakılan kişinin kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan da yoksun bırakılacağı sonucu çıkmaktadır.

D. Belirli Tüzel Kişiliklerin Yöneticisi veya Denetçisi Olmaktan Yoksunluk

Belirli tüzel kişiliklerin yönetici veya denetçisi olmaktan yoksunluk hali TCK 53/1d maddesinde “Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yönetici veya denetçisi olmaktan...yoksun bırakılır”, şeklinde ifade edilmiştir. Bu hükümlerle yeni TCK, eski TCK'da hak yoksunluğu olarak düzenlenmeyen vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerin yöneticisi veya denetçisi olmaktan yoksunluğu madde kapsamına dahil etmiştir. Bu yoksunluk halinin maddeye dahil edilmesi bize göre, özellikle birlik ve güven esasına dayanan ve toplumsal hayat için son derece önemli olan bu tüzel kişiliklerinin yetki ve sorumluluk açısından en etkili organları olan yöneticisi ve denetçisi olmaktan yoksun bırakılmaları, tehlikelilik hali ortaya çıkan hükümlüden güvenlik tedbirinin toplumun korunması amacının gerçekleşmesine hizmet bakımından uygun bir yoksunluk halidir.

Maddede sayılan belirli tüzel kişiliklerin yöneticisi veya denetçisinin nasıl belirlenecekleri ilgili mevzuatlarında düzenlenmiştir. Çalışmanın sınırlarını aşmamak amacıyla ilgili mevzuatlardaki sözkonusu düzenlemelere değilmeyecektir. Burada sadece özet birkaç husus belirtilmekle yetinilecektir.

Birincisi, bu tüzel kişiliklerin yönetim veya denetimi çoğunlukla yönetim veya denetim kurulları vasıtasıyla yapılmakta, istisnaen tek bir yönetici veya denetçi tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle maddede geçen yönetici veya denetçisi olmaktan yoksunluk ifadesi, tüzel kişiliklerin yönetim veya denetim kurullarında üye olmaktan yoksunluk anlamına gelebileceği gibi

istisnaen yönetçi veya denetçi olmaktan yoksunluk anlamına da gelebilecektir.

İkincisi, yönetim veya denetimin kurullar şeklinde yapıldığı tüzel kişilikler de bu kurullara asıl üyelerin yanında yedek üyeler de şekilmekte olduğu için maddenin yönetici veya denetçisi olmaktan yoksunluğu ifadesini kanaatimizce yönetim veya denetim kurullarının yedek üyeleri açısından da kabul etmek gerekir. Zira asıl üyeliğin herhangi bir sebeple boşalması durumunda yerine yönetici veya denetçi olamayacak birinin yedek üye olarak bulundurulması mantıksızdır.

Üçüncüsü, sözkonusu tüzel kişiliklerin bazılarında yönetim veya denetim organı ihtiyari olarak bulunabilmektedir. Yani bu organların teşkili vakıflar da olduğu üzere tüzel kişilik açısından zorunlu tutulmamıştır. Fakat maddede sadece yönetici veya denetçi olmaktan yoksunluktan bahsedildiği bu organların zorunlu veya ihtiyari oluşturulmasından bahsedilmediği için yoksunluk kapsamına gerek zorunlu gerekse ihtiyari yönetim veya denetim organlarına üye olmak gerecektir.

Dördüncüsü, dernek ve sendikalarda olduğu gibi alt ve üst kuruluşları bulunan bu tüzel kişilikler bakımından yönetici veya denetçi olmaktan yoksunluğu hem alt hem de üst kuruluşların yöneticisi veya denetçisi olmaktan yoksunluk şeklinde anlamak gerekir.

Beşincisi, kişi bütün tüzel kişiliklerin yöneticisi veya denetçisi olmaktan yoksun bırakılmamakta, sadece maddede belirtilen tüzel kişiliklerin yöneticisi veya denetçisi olmaktan yoksun bırakılmaktadır.

Altıncısı, kişi maddede belirtilen tüzel kişiliklerin de bütün organlarında yer almaktan değil, sadece yöneticisi veya denetçisi olmaktan yoksun bırakılmaktadır.

E. İzne Tabi Meslek veya Sanatı İcradan Yoksunluk

a. Genel Olarak

Yeni TCK'nın mahkumiyetin kanuni sonucu olarak belirlediği son yoksunluk halî meslek ve sanattan yoksunluktur. Meslek ve sanatın belirli bir süre icra edilmesinin yasaklanması anlamına gelen meslek ve sanattan yasaklılık cezası¹²⁶, TCK'nın 53/1e maddesinde “*Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılır*”. şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre ceza

¹²⁶ Gözübüyük, C. 1, s. 264; Uçkan, Özcan: Türk Hukukunda Meslek ve Sanatın Tatili Müeyyidesi ve Uygulama Sorunları, Eskişehir 1983, s. 75.

mahkûmiyetine bağlı olarak her türlü meslek veya sanattan yoksunluk sözkonusu olmayacak, bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi olan meslek veya sanattan yoksunluk sözkonusu olacaktır. Kanaatimizce bu düzenleme yerinde olmuştur. Çünkü icra edilen meslek veya sanat bir kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşundan alınacak izne tabi olduğu takdirde gereken özeni göstermekle yükümlülüğü kabul etmektedir. Ayrıca sözkonusu belgelerle meslek veya sanatın icra edilmesi durumunda kontrolü de mümkün olur¹²⁷. Diğer taraftan meslek ve sanattan yoksunluğun uygulanması konusunda farklı uygulamaların ortaya çıkmaması ve dolayısıyla ceza hukukunun güvence fonksiyonuna aykırı bir durumun oluşmaması da bunu gerektirir.

Yeni TCK mahkumiyetin kanuni sonucu olan meslek veya sanattan yoksunluk için meslek veya sanatın kötüye kullanılarak suç işlenmesini öngörmemiştir. Bu itibarla meslek veya sanat kötüye kullanılmadan işlenen herhangi bir suç nedeniyle de ceza mahkûmiyetinin sonucu olarak meslek veya sanattan yoksunluk ortaya çıkabilecektir. Diğer taraftan yeni TCK izne tabi bu meslek veya sanatlar bakımından da sınırlama getirerek izne tabi olan bütün meslek veya sanatlar açısından bir hak yoksunluğu öngörmemiş, bu meslek veya sanatların kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra ediliyor olmasını aramıştır. Meslek ve sanatın icrasının hüküm zamanında terk edilmiş olması da bu tedbirin hükmedilmesini engellemeyecektir¹²⁸. Ancak TCK'nın 53/3. hükmü gereğince mahkum olduğu hapis cezası ertelenen hükümlünün mahkumiyetin kanuni sonucu olan meslek veya sanatın icrasından yoksunluğuna hakim takdiren karar vermeyebilecektir.

Yeni TCK açısından ceza mahkûmiyetinin sonucu olan yoksunluk kapsamında hangi meslek veya sanatın bulunduğunu belirleyebilmemiz için maddede kullanılan kavramların açıklanması gerekmektedir. Ama öncelikle belirtelim ki memuriyetten yasaklılık, meslek ve sanattan yoksunluk değildir. Bu konuda doktrinde, memuriyetten yasaklılığın memuriyet görevi bakımından sözkonusu olduğu, meslek ve sanattan yasaklılık cezasının ise

¹²⁷ **Önder**, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 2-3, İstanbul 1992, s. 580.

¹²⁸ **Erem/Danışman/Artuk**, s. 753; **Centel**, Ceza Hukukuna Giriş, s. 561; **Gözübüyük**, C. 1, s. 264; **Günay**, İnfaz Hukuku, s. 406; **Bakıcı**, Sedat: Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2000, s. 809; **Öçer**, Oktay: "Meslek ve Sanatın Tatili", YD, C. 1, 1975/1, s. 130; Yüce Divan Kararı, E. 1982/2, K. 1983/3, KT. 29.3.1983, (Karar Yayınlanmamıştır), (s. 5).

memurluk dışındaki bir meslek ve sanat bakımından sözkonusu olduğu belirtilerek bu yasaklılığın meslek ve sanattan yasaklılık cezasının karşısını teşkil ettiği ifade edilmiştir¹²⁹.

b. Meslek ve Sanat Kavramları

Meslek sözlükte; 1. yol, gidiş, davranış, usul; 2. geçim için tutulan yol¹³⁰; 3. kişilerin hayatlarını kazanmak, geçimlerini sağlamak için yaptıkları iş, faaliyet¹³¹; 4. sanat, zenaat¹³²; 5. aynı faaliyet grubunda bulunan kimselerin teşkil ettikleri içtimai topluluk anlamlarına gelmektedir¹³³. Kanaatimizce ceza kanunu meslek kavramını kişilerin geçimlerini sağlamak için yaptıkları iş olarak kullanmaktadır. Ancak bize göre meslek kavramı ile ilgili olarak bir ayırım yapmak yerinde olacaktır. Çünkü meslek, kişilerin geçimlerini sağlamları bakımından yaptıkları işi genel olarak anlatan bir kavramdır. Yani meslek kavramı illa ki bir mesleki faaliyeti ifade etmez, kişilerin sahip oldukları ama icra etmedikleri meslekleri de vardır. Örneğin kişinin avukatlık, doktorluk, mühendislik gibi meslekleri olabilir, ama bu mesleklerden hangisini icra ediyorsa o meslek açısından mesleki faaliyeti sözkonusu olacaktır. Dolayısıyla meslek kavramı ile mesleki faaliyet kavramı farklı kavramlar olmaktadır. Nitekim ceza kanunu da “meslek veya sanatı icra etmekten yoksun bırakılır” ifadesini kullanarak yoksun bırakılanın meslek veya

¹²⁹ Önder, C. 2-3, s. 578; Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler 2, Yaptırım Hukuku, Ankara 2003, s. 143; Akbulut, İlhan: “Cezanın Amaçları, Özellikleri ve Ceza Mahkumiyetinin Sonuçları”, AsAD, Yıl 31, Ocak 2003/116, s. 27-28.

¹³⁰ Bkz. Devellioglu, Ferit: Osmanlıca ve Türkçe Ansiklopedik Lügat, Eski ve Yeni Harflerle Yeniden Düzenlenmiş ve Genişletilmiştir (1993), 17. Baskı, Ankara 2000, s. 627; Doğan, D. Mehmet (Haz.): Büyük Türkçe Sözlük, 10. Baskı, İstanbul 1994, s. 762; Özön, Mustafa Nihat: Büyük Osmanlıca Türkçe Sözlük, 8. Basım, İstanbul 1997, s. 520; Meydan Larousse, C. 8, İstanbul 1985, s. 658; Şafak, Ali: Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ankara 1992, s. 324.

¹³¹ Bkz. Meydan Larousse, C. 8, s. 658; Türk Hukuk Lügati, 4. Baskı, Ankara 1998, s. 230; Uçkan, s. 7; Donay, Süheyl: Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul 1978, s. 7; Uşan, Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Ankara 2003, s. 25.

¹³² Doğan, s. 762; Şafak, s. 324.

¹³³ Türk Hukuk Lügati, s. 230; Saymen, Ferit H.: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 140-141; Işık, Rüçhan: İşçi Sendikalarının Faaliyetlerinin Hukuksal Çerçevesi, Ankara 1977, s. 3; Demir, Fevzi: Sendikalar Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, İzmir 1999, s. 7; Uçkan, s. 7.

sanatın icrası olacağını vurgulamaktadır. Doktrinde bir mesleği icra etmek, bir yarar sağlamak amacıyla faaliyetini bu amacın gerçekleşmesine sürekli bir biçimde tahsis etmek demektir, şeklinde tanımlandığı gibi¹³⁴; yeterli fikri ve ilmi niteliklere sahip olup, toplumsal amaçlara uygun biçimde faaliyette bulunmaktır şeklinde de tanımlanmaktadır¹³⁵. Bu tanımlardan da çıkarılabileceği üzere bir faaliyetin mesleki faaliyet sayılabilmesi için bir takım özelliklerin bulunması lazımdır. Her şeyden önce kişi yapacağı mesleğe ait fikri ve ilmi niteliklere sahip olmalıdır. İkinci olarak mesleki faaliyet sürekli olmalıdır. Süreklilikten kasıt; kanaatimizce tesadüfi bir faaliyet olmayan, ömür boyu sürme anlamına da gelmeyen, fakat az ya da çok devamlılık arz eden bir sürekliliktir. Üçüncü olarak mesleki faaliyet kazanç amacıyla yapılmalıdır¹³⁶. Dördüncü olarak yapılan faaliyetin toplumsal amaçlara uygun olmasıdır.

Ancak bir faaliyetin meslek sayılabilmesi için bu faaliyete devlet tarafından izin verilmiş olması zorunlu değildir. Bununla birlikte yukarıda da belirtildiği bir mesleğin icra edilebilmesi için kişinin o meslek açısından yeterli fikri ve ilmi niteliklere haiz olması gerekmektedir. Bu nedenle devlet bazen bir mesleğin icra edilebilmesi açısından bu niteliklerin mevcudiyetinin öncelikle o mesleğin eğitimini veren kuruluşun yeterlilik belgesi veya diploması ile saptanmasını arayabilmektedir. Bunun dışında baroların verdiği avukatlık ruhsatnamesi gibi meslek kuruluşlarının verdiği belgeler de aranabilmektedir¹³⁷. Buna karşılık devlet, inşaat işleri (amele, usta), tarla işleri (reçberler), ev işleri (çocuk bakıcıları, bahçıvan, aşçı, temizlikçi), manikür veya pedikürcüler gibi bazı meslekler bakımından böyle izinlerin alınmış olmasını zorunlu tutmamaktadır. Dolayısıyla bazı mesleklerin icra edilebilmesi açısından devletten diploma ve ruhsatname gibi belgelerle izin alınması gerekli iken bazı meslek için gerekli olmamaktadır¹³⁸.

Sanat ise sözlükte; 1. Amel, iş; 2. bir şey meydana getirme, bir iş yapma;

¹³⁴ **Mimaroğlu**, Sait Kemal: Ticaret Hukuku, C. 1, İşletme Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 1978, s. 229.

¹³⁵ **Bayraktar**, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 111; **Alpaslan**, s. 232; **Uçkan**, s. 8; **Saatçioğlu**, Cemil: "Fer'i ve Mütemmim Cezalar", AD, Yıl 68, Mayıs-Haziran-Temmuz-Ağustos 1977/3-4, s. 257.

¹³⁶ Bkz. **Uçkan**, s. 8; Doktrinde bir görüş mesleğin ücret karşılığı yapılmasının şart olmadığını belirtmektedir (**Donay**, Meslek Sırrı, s. 88).

¹³⁷ **Alpaslan**, s. 232; **Uçkan**, s. 8; **Bayraktar**, Hekim, s. 112.

¹³⁸ Bkz. **Donay**, Meslek Sırrı, s. 89.

3. deneme ve tekrar sonucu kazanılan bilgi ve ustalikle bazı aletleri kullanarak iş yapma ve bu şekilde yapılan iş, zanaat; 4. ustalık, hüner, bilgi, maharet; 5. iş, kazanç temin edilen çalışma¹³⁹; 6. maddeye dayalı gereksinimleri karşılamak üzere yapılan ve az ya da çok el yatkınlığı isteyen iş anlamlarına gelmektedir¹⁴⁰.

Görüldüğü üzere meslek ve sanat kavramları çoğunlukla eş anlamda kullanılmaktadır. Fakat bu kavramlar eş anlamlı olmadıkları için aralarındaki farkın belirtilmesi gerekir. Sanat, el yatkınlığı, maharet gibi istidatlarla ve teknik bir takım bilgilerle bir işi yapabilme ehliyetidir. Bu itibarla sanat kavramı teknik bir anlama sahip olup, meslek kavramına göre daha dar bir anlam taşımaktadır¹⁴¹. Dolayısıyla her sanat meslek kavramı içinde değerlendirilebilirken her meslek sanat kavramı içinde değerlendirilemeyecektir. Kanaatimizce sanat kavramı kişilerin sahip oldukları bir takım istidatlarla, teknik bilgilerle yapılan işleri genel anlamda ifade etmek için kullanılır. Ancak sanat sahibi kişi, sanatını icra etmeyebileceği için sanat kavramı da meslek kavramında olduğu gibi her zaman bir faaliyeti kapsamaz. Sanat kavramında meslek kavramındaki gibi bir kazanç temin etme şartı¹⁴² ve süreklilik yoktur. Yani kişiler sanatlarını bir süreklilik ve kazanç elde etme düşünce olmadan da icra edebilirler. Ancak kazanç temini maksadıyla sanatlarını icra ediyorlarsa bununda bir süreklilik göstermesi gerektiği açıktır. Sanat da marangozluk, terzilik gibi devletin yetkili kurumlarından alınan belgelerle yapılabılırken; heykeltıraşlık, halıcılık, işlemecilik gibi el sanatlarında olduğu üzere herhangi belge, izin alınmadan da yapılabilir¹⁴³.

c. Kamu Kurumu

Kamu kurumu kavramı, genellikle idare hukuku eserlerinde açıklanmaktadır. İdare hukukunda kamu kurumu, belirli bir veya birkaç kamu hizmetini ya da faaliyetini yürütmekle görevli tüzel kişiliğe sahip idare teşkilatı olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁴. Başka bir ifadeyle kamu kurumu, kamu (devlet) idareleri, yani merkezi idare ve yerel idareler ile meslek kuruluşları dışında kalan kamu tüzel kişileridir¹⁴⁵. Örneğin üniversiteler, T.C. Emekli Sandığı Genel

139 Doğan, s. 952.

140 Uçkan, s. 8; Meydan Larousse, C. 10, İstanbul 1985, s. 907.

141 Saymen, s. 142; Uçkan, s. 8.

142 Donay, Meslek Sırrı, s. 89.

143 Donay, Meslek Sırrı, s. 89.

144 Duran, Lutfi: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 188; Yıldırım, s. 135.

145 Gözübüyük/Tan, s. 281; Duran, İdare Hukuku, s. 189.

Müdürlüğü, Türkiye ve Radyo Televizyon Kurumu, T.C. Devlet Demiryolları, Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırmalar Kurumu, Maden Teknik Arama Enstitüsü birer kamu kurumudur¹⁴⁶. Fakat kanaatimizce ceza hukuku alanında kamu kurumundan kastedilen idare hukukunda tanımlanan kamu kurumundan daha geniştir. Ceza hukukundaki kamu kurumu, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları dışında idare hukuku anlamındaki kamu kurumu ile merkezi idare ve yerel idareler de olmak üzere tüzel kişilikleri bulunsun ya da bulunmasın tüm idari birimleri kapsamaktadır¹⁴⁷. Başka bir anlatımla ceza hukuku anlamındaki kamu kurumu Türkiye Cumhuriyeti (T.C.) amblemi, simgesi altında toplanan bütün idari birimlerdir¹⁴⁸. Dolayısıyla meslek veya sanatın icrası için izin alınması gereken kamu kurumu, bakanlık, valilik olabileceği gibi, belediye de olabilecektir. Bu bakımdan meslek veya sanattan yoksunluk kapsamına sözkonusu kamu kurumlarından alınan izne tabi meslek veya sanatlar girecektir.

d. Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşu

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu ise niteliği gereği serbest icra edilen belirli mesleklere mensup kişilerin katıldıkları kuruluşlardır¹⁴⁹. Bu kuruluşlar Anayasanın 135. maddesinde ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Buna göre kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, maddedeki belirtilen amaçları gerçekleştirmek için kanunla kurulurlar. Zorunlu üyelik esasına dayanırlar. Yani mesleki faaliyette bulunabilmek açısından bu meslek kuruluşlarına üye olunması gerekmekte, üye olunmadan mesleğin icrası mümkün olmamaktadır. Fakat kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyeti aranmamaktadır. Bu itibarla tacirlik, avukatlık, mimarlık, hekimlik ve eczacılık mesleğinin icra edilebilmesi için bu meslek kuruluşlarına katılmak zorunludur¹⁵⁰. Bunlara örnek olarak Barolar, Tabip Odaları, Diş Hekimleri Odaları, Veteriner Odaları, Eczacı Odaları, Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Borsaları, Mühendis ve Mimar Odaları, Noter Odaları, Zira-

¹⁴⁶ Kamu kurumu çeşitleri için bkz. **Duran**, İdare Hukuku, s. 193 vd.; **Günday**, s. 468 vd.; **Yıldırım**, s. 136 vd; **Giritli**, İsmet/**Bilgen**, Pertev/**Akgüner**, Tayfun: İdare Hukuku, İstanbul 2001, s. 286 vd; **Gözler**, Kemal: İdare Hukuku, C. 1, Bursa 2003, s. 480 vd.

¹⁴⁷ Bkz. **Duran**, İdare Hukuku, s. 189; **Günday**, s. 466.

¹⁴⁸ **Duran**, İdare Hukuku, s. 73; **Yıldırım**, s. 31.

¹⁴⁹ **Rumpf**, Cristian, Türk Anayasa Hukukuna Giriş, Ankara 1995, s. 102.

¹⁵⁰ **Gözler**, C. 1, s. 496; **Giritli/Bilgen/Akgüner**, s. 292; **Gözübüyük**, A. Şeref: Yönetim Hukuku, Güncelleştirilmiş 23. Bası, Ankara 2005, s. 174; **Günday**, 502.

at Odaları, Esnaf Odaları verilebilir¹⁵¹. Dolayısıyla meslek veya sanattan yoksunluk kapsamına sözkonusu kuruluşlardan alınan izne tabi meslek veya sanatlar girecektir.

e. Serbest Meslek Erbabı

Serbest meslek erbabı, Gelir Vergisi Kanununun 66. maddesine göre “*Serbest meslek faaliyetini mutad meslek halinde ifa edenlerdir*”. Serbest meslek faaliyeti ise yine aynı kanunun 65. maddesinde “*sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin iş verene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır*” biçiminde tanımlanmıştır¹⁵². Dolayısıyla bu tanımları birleştirerek serbest meslek erbabını şu şekilde tarif etmek mümkündür: Sermayeden çok kişisel çalışmaya, ilmi veya mesleki bilgiye ya da uzmanlığa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işleri bir işverene bağlı olmadan kendi sorumluluğu altında mutad meslek olarak ifa eden kişidir. Bu tanım dikkate alındığında TCK’nun 53. maddesinde “serbest meslek erbabı” için “kendi sorumluluğu altında” ifadesinin kullanılması bir tekrar olarak algılanabilirse de bu hususun açık olarak gösterilmesi yanlış anlaşılmalara engel olması bakımından yerindedir. Sözkonusu tanıma göre mesleklerini bağımsız olarak, kendi sorumlulukları altında ifa eden örneğin doktorlar, avukatlar, mühendisler, mimarlar, veteriner hekimler, diş hekimleri ve muhasebeciler serbest meslek erbabı olacaklardır. Fakat bu kişiler mesleklerini bir işverene bağımlı olarak sürdürdükleri zaman serbest meslek erbabı olamayacaklardır. Örneğin doktorlar veya diş hekimleri mesleklerini devlet hastanelerinde veya özel hastanede ifa etmeleri durumunda ya da bir avukatın başka bir avukatın yanında çalışması halinde serbest meslek erbabı olarak kabul edilmeyeceklerdir. Bu itibarla kişi, serbest meslek erbabı olarak mesleğini icra ediyorsa, ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olarak artık kendi sorumluluğu altında mesleğini icra etmekten yoksun kalacak, bununla birlikte, bir işverene bağlı olarak mesleğine devam edebilecektir. Zira kanun meslek veya sanatın kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı olarak

¹⁵¹ Bkz. **Gözübüyük**, Yönetim Hukuku, s. 175; **Giritli/Bilgen/Akgüner**, s. 291; **Gözler**, C. 1, s. 494.

¹⁵² Serbest meslek faaliyeti hakkında bkz. **Şenyüz**, Doğan: Türk Vergi Sistemi, 5. Baskı, Bursa 1999, s. 127 vd.; **Öncel**, Mualla/**Kumrulu**, Ahmet/**Çağan**, Nami: Vergi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2005, s. 296; **Bilici**, Nurettin: Vergi Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara 2004, s. 178 vd.; **Kargı**, Veli: “Serbest Meslek Kazançlarında Vergileme ve Denetim”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2007/33-34, s. 97.

icra edilmesini yasaklamaktadır. Bu nedenle kişinin mesleğini bir başkasına bağlı olarak yapması durumunda ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olarak ortaya çıkan hak yoksunluğuna rağmen kişi, bir işverene bağlı olarak yaptığı mesleğine devam edebilecektir. Kanaatimizce kanunkoyucu bu şekildeki düzenlemesiyle mesleğiyle bağlantılı olmayan bir suç nedeniyle mahkûm olunmasından dolayı kişinin tamamen mesleğini yapmaktan alıkonulmasını arzu etmeyerek cezanın temel amacı olan suçlunun topluma kazandırılmasına uygun bir hüküm sevk etmiştir.

f. Tacir

Tacir ise, Türk Ticaret Kanununun 14. maddesine göre “*Bir ticari işletmeyi, kısmen dahi olsa, kendi adına işleten kimse(dir)*”. Yine adı geçen kanunun 15. maddesi gereğince küçük veya kısıtlıya ait ticari işletmeyi onlar adına veli veya vasi işletse dahi tacir, temsil edilen küçük veya kısıtlıdır¹⁵³. Buna göre ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak kişi tacirlik yapamayacak, bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işletemeyecektir.

3. Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılmanın Süresi ve Uygulanış Şekli

Hak yoksunluklarının ceza mahkûmiyetine bağlı olarak ortaya çıkması TCK'nın 53/1. maddesinde “*mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak*” ifadesi ile açıkça hükme bağlanmıştır. Aynı fıkroda mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak yukarıda kapsamı gösterilen bütün haklardan yoksun kalınacağı belirtilmiştir¹⁵⁴. Nitekim TCK'nın 53/2. maddesi de kişinin, mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar “bu hakları” (maddenin birinci fıkrası-

¹⁵³ Tacir hakkında bkz. **Domanıç**, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 1, İstanbul 1988, s. 104 vd; **İmregün**, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 13. Bası, İstanbul 2005, s. 31 vd; **Mimaroglu**, s. 229 vd; **Tekil**, Fahiman: Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1997, s. 119 vd; **Doğanay**, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi C. 1, (Madde 1-419), Tümden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 1990, s. 123 vd; **Karahan**, Sami: Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 13. Baskıya Ek, Konya 2005, s. 77 vd.

¹⁵⁴ “Sanık hakkında TCY'nın 53. maddesinin 1. fıkrası uygulanırken yalnızca (b) bendinde öngörülen güvenlik tedbirine hükmedilmiş ise de anılan maddede ve fıkradaki tüm güvenlik tedbirlerini (a, c, f, e bentleri dahil) hapis cezası ile hükümlülüğün kanuni sonucu olduğu ve kararda öngörülmemen (a), (c), (d) ve (e) bentlerindeki güvenlik tedbirleri infazda gözetileceği(nden)... onanmasına oybirliği ile karar verildi”, Y4CD, 26.9.2006, 6059-14477, (**Parlar**, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 1, (Madde 1-140), Ankara 2007, s. 485-486).

sında öngörülen) kullanamayacağını belirtmek suretiyle yine yoksunluğun kapsamına işaret etmektedir¹⁵⁵. İkinci fıkra aynı zamanda bu hak yoksunluklarının cezanın infazı tamamlanıncaya kadar devam edeceğini hüküm altına alarak hak yoksunluğunun süresini göstermektedir.

A. Şartları

Ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olarak cezanın infazı tamamlanıncaya kadar bir hak yoksunluğunun sözkonusu olabilmesi için bir takım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir:

Birinci olarak, kasıtlı bir suçun işlenmesi şarttır. Eski TCK'da mahkûmiyetin kanuni sonucu olan kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası hem kasten hem de taksirle işlenen suçlardan dolayı mahkûm olunan üç yıldan fazla ağır hapis cezası nedeniyle uygulanabilmekteyken, yeni TCK doğru bir yaklaşımla sadece kasıtlı suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak hak yoksunluklarının doğmasını kabul etmiştir. Böylece kanaatimizce kasıtlı işlenmeyen taksirle işlenen bir suçtan dolayı adalet duygusunu incitecek nitelikteki ağır hak yoksunluklarına uğranılması, yeni TCK bakımından sözkonusu değildir. Maddede suçun sadece kasıtlı işlenmesinden bahsedildiği, kasıtlı işlenmesinde bir ayırım yapılmadığı için suçun doğrudan kasıtlı veya olası kasıtlı işlenmesinin hak yoksunluğunun ortaya çıkması bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır. İşlenen kasıtlı suçun madde kapsamında belirtilen hak yoksunlukları ile bir bağlantısının bulunması da şart değildir¹⁵⁶. Ancak bilinçli taksirle de olsa suçun taksirle işlenmesi kanuni sonuç olarak bir hak yoksunluğu doğurmayacaktır¹⁵⁷.

İkinci olarak, kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olunması gerekmektedir. Buna göre taksirli bir suçtan adli para cezasına veya hapis cezasına mahkûmiyet dahi hak yoksunluğu doğurmayacaktır. Yine kasıtlı bir suçtan adli para cezasına mahkûmiyet hak yoksunluğunu sonuçlamayacaktır. Ancak kasıtlı bir suçtan dolayı adli para cezası ile hapis cezasına mahkûmiyet hak yoksunluğuna neden olacaktır. Fakat maddede sadece hapis cezasına mahkûmiyetten bahsedilmesi, hapis cezasının süresi konusunda bir hüküm içermemesi nedeniyle kasıtlı bir suçtan bir gün bile hapis cezasına mahkûm

¹⁵⁵ Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Bası, İstanbul 2006, s. 730.

¹⁵⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 729, 730.

¹⁵⁷ “5237 sayılı TCK.nun 53/1 ve 53/2. maddeleri hükümlerinin taksirli suçlarda uygulanmayacağı gözetilmeden uygulama yapılması Kanuna aykırıdır”, Y9CD, 18.10.2006, 300-5390, (Parlar/Hatipoğlu, s. 485).

olunması hak yoksunluğu doğuracaktır. Doktrinde mahkûm olunan hapis cezasının süresine bakılmaksızın hak yoksunluğunu doğurması, yani mahkûm olunan hapis cezası açısından bir sürenin belirlenmemesi suçlunun topluma yeniden kazandırılması ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁵⁸. Kanaatimizce hak yoksunluğu güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için kasıtlı bir suçun işlenmiş olması kişideki tehlikelilik halini ortaya koyması bakımından yeterli kabul edilmelidir. Ayrıca hak yoksunluklarının cezanın infazı süresince uygulanacak olması nedeniyle suçlunun topluma kazandırılması ilkesine de aykırılık oluşturmayacaktır Kaldı ki hapis cezasının süresinin az olması durumunda TCK'nın 50. maddesi gereğince hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilebilmekte ve TCK'nın 51. maddesi gereğince kısa süreli hapis cezasının ertelenmesi durumunda TCK'nın 53/4. maddesine göre de hak yoksunluğu uygulanmamaktadır.

Üçüncü olarak, biraz öncede ifade ettiğimiz gibi hükmedilen hapis cezasının kısa süreli olması halinde, bu cezanın ertelenmemiş ya da seçenek yaptırımlardan birisine çevrilmemiş olması gerekir. Çünkü TCK'nın 53/4. maddesi gereğince kısa süreli hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında hak yoksunluğu uygulanmamaktadır. Diğer taraftan kısa süreli hapis cezasının TCK'nın 50. maddesine göre adli para cezasına veya tedbire çevrilmesi durumunda; aynı maddenin 5. fıkrası gereğince “uygulamada asıl mahkumiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbir” olması nedeniyle ortada hapis cezası bulunmayacağı için herhangi bir hak yoksunluğu da sözkonusu olmayacaktır¹⁵⁹. Dolayısıyla kısa süreli hapis cezasının ertelenmesi ya da adli para cezasına veya tedbire çevrilmesi halinde herhangi bir hak yoksunluğu ortaya çıkmayacaktır¹⁶⁰.

Ancak kısa süreli hapis cezasının, seçenek yaptırımlara (adli para cezasına veya diğer tedbirlere) çevrilmesine karşın, bu seçenek yaptırımların infazına başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi durumunda ise TCK'nın 50/6. maddesine göre hükmü veren mahkemece kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verilecek ve uygulamada esas

¹⁵⁸ “Türk Ceza Kanunu Tasarı’sı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, in: **Ergül**, Teoman (Editör): Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara 2004, s. 303; **Hakeri**, Hakan: Sorularla Ceza Hukuku, Ankara 2005, s. 145, dn. 109.

¹⁵⁹ Bkz. **Otacı**, Cengiz: “Suçun Sonucu Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma”, HPD, Eylül 2006/8, s. 49, 50.

¹⁶⁰ **Koca**, Hekimler, s. 176.

alınacak mahkumiyet de kısa süreli hapis cezası kabul edilecektir. Dolayısıyla bu durumda, hapis cezasına bağlı bütün sonuçlar hükümlü açısından doğacaktır¹⁶¹.

Dördüncü olarak, kişi suçu işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmuş olmalıdır. Nitekim TCK'nın 53/4. maddesine göre fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olanlar hakkında hak yoksunluğu sözkonusu olmamaktadır. Dolayısıyla onsekiz yaşından önce işlenen suçların türü ile mahkumiyetin cinsi, süresi ne olursa olsun mahkumiyetin sonucu olarak herhangi bir hak yoksunluğu doğmayacaktır. Yani kişinin onsekiz yaşını tamamlamadan önce işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum olması, daha sonraki seçme ve seçilme ehliyetine engel oluşturmayacak, diğer siyasi hakları da kullanabilecektir. Zira maddede sadece "*fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz*" denilmekte, başkaca herhangi bir unsurdan bahsedilmemektedir.

İşte, yukarıda belirttiğimiz bu şartların gerçekleşmesi halinde hak yoksunluğu mahkeme tarafından hükümde ayrıca gösterilmesine, bir karar verilmesine gerek olmadan, mahkumiyete bağlı olarak kendiliğinden ortaya çıkacaktır¹⁶². Nitekim TCK'nın 53. maddesinin birinci fıkrasındaki "*mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak...yoksun bırakılır*" hükmü bunu açıkça ifade etmektedir. Ancak Yargıtayın bu konuda farklı kararlarına rastlanmaktadır. Eski TCK zamanında Yargıtay, ceza mahkûmiyetine bağlı hak yoksunluklarının kararda gösterilmemiş olmasını bozma nedeni olarak kabul etmemektedir. Örneğin "T.C.K. nun 31 ve 33 üncü maddelerinin uygulanmasına karar verilmemesi, bu husus infaz sırasında nazara alınması mümkün bulduğundan bozma sebebi sayılmamıştır"¹⁶³. Yeni TCK zamanında ise Yargıtay,

¹⁶¹ Otacı, Belli Haklar, s. 49, 50.

¹⁶² Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2005, s. 300; Erem/Danışman/Artuk, s. 864; Özgenç, Gazi Şerhi, s. 677; Centel/Zafer/Çakmut, s. 729; Koca, Hekimler, s. 176; Yıldız, Ali Kemal: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul 2007, s. 142-143; Yılmaz, Hak Yoksunlukları, s. 36; Yılmaz, Geri Verilme, s. 89; Otacı, Belli Haklar, s. 48, 52.

¹⁶³ Y5CD, 22.12.1987, 5450/7654, (Erdoğan, Ahmet Sevinç/Özkepir, Ramazan: Kasten Adam Öldürme Suçları, Ankara 1996, s. 33); "...ceza mahkumiyeti neticesi olan mahcuriyetin ilamda ayrıca tasrih ve hükmüne luzüm olmadığına, ...karar verilmiştir.", YİBK, E. 33, K. 1929/18, 4.12.1929, (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Ceza Bölümü, C. 1, (1927-1940), Ankara 1977, s. 67-68); Aynı yönde bkz. YCGK, 18.4.1939, 122/180, (Savaş/Mollamahmutoglu, C. 1, s. 523); Y1CD, 2.4.1994, 891/1107; Y5CD,

kanuni sonuç olan hak yoksunluklarının da hükümde ayrıca gösterilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁶⁴.

Hak yoksunluğunun ceza mahkumiyetinin sonucu olarak ortaya çıktığı durumda hakim tarafından hükümde açıkça gösterilmemiş olsa dahi hüküm ifade edeceği ve infazda savcı tarafından resen dikkate alınıp uygulanacağı için bu durum hükümlü açısından kazanılmış hak teşkil etmeyecektir¹⁶⁵. Keza hak yoksunluğunun süresinin eksik tayin edilmiş olması da hükümlü için kazanılmış hak oluşturmayacaktır¹⁶⁶. Yargıtay da “TCK. nun 33. maddesinin uygulanması infaza ilişkin olduğundan bu konuda yapılan hatalar sanık lehine olması halinde dahi kazanılmış hak oluşturmaz”, demektedir¹⁶⁷.

B. Süresi

TCK'nın 53. maddesinde kanuni sonuç olan hak yoksunluklarının infazının başlangıç zamanı konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁶⁸. Ancak 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CvGTİHK) 4. maddesinde “mahkumiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz” hükmü dikkate alındığında ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olan siyasi haklardan yoksunluğun infazı mahkumiyet hükmünün kesinleşmesiyle başlayacağı söylenebilir¹⁶⁹, ¹⁷⁰. Yeni TCK'nın sisteminde

6.11.1990, 3904/4843, (Erdoğan/Özkepir, s. 35); Y5CD, E. 186, K. 653, KT. 17.2.1993, (Yaşar, Osman: Uygulamada Türk Ceza Yasası Genel Hükümler, Ankara 2000, s. 365); Y5CD, E. 1409, K. 1824, KT. 18.5.1983; Y5CD, E. 3210, K. 2913, KT. 6.9.1982, (Yaşar, s. 366); AsY8D, E. 18, K. 40, KT. 7.8.1973, (Yaşar, s. 369).

¹⁶⁴ Y9CD, 13.03.2006, 203/1516; Y8CD, 25.04.2006, 1242/3616, (Meran, Necati: Açıklama-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2007, s. 278).

¹⁶⁵ Öztürk/Erdem, s. 300; Erem/Danışman/Artuk, s. 863, 866; Önder, C. 2-3, s. 577, 586-587; Gözübüyük, C. 1, s. 328; Koca, Hekimler, s. 176; Yılmaz, Hak Yoksunlukları, s. 36; Yılmaz, Geri Verilme, s. 89; “ceza mahkumiyetin doğal sonucu (olan hak yoksunlukları) kararda gösterilmemiş olsa bile hükümlü açısından kazanılmış hakka konu olmazlar”, YCGK, 14.2.2006, 13-16, (Yalvaç, s. 38).

¹⁶⁶ Erdoğan/Özkepir, s. 34.

¹⁶⁷ Y1CD, 25.3.1996, 889/933, (Erdoğan/Özkepir, s. 33).

¹⁶⁸ Otacı, Belli Haklar, s. 50.

¹⁶⁹ Bkz. Otacı, Belli Haklar, s. 50; Yılmaz, Hak Yoksunlukları, s. 37; Yılmaz, Geri Verilme, s. 90.

¹⁷⁰ Nitekim Danıştay, belediye başkanı hakkında düşme kararının verilebilmesi için mahkumiyet kararının kesinleşmiş olması gerektiğini, süresi içinde temyiz talebinde bulunan kararın henüz kesinleşmemiş olduğunu belirtmektedir. Bkz. D11D, E. 1977/184, K.

eski TCK'nın sisteminden farklı olarak süresiz bir hak yoksunluğu kabul edilmediği için mahkumiyet kararının kesinleşmesiyle başlayan siyasi haklardan yoksunluk belli bir süreyle sınırlandırılmıştır. Bu süre, TCK'nın 53/2. maddesine göre hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadardır. Dolayısıyla mahkumiyetin kanuni neticesi olarak ortaya çıkan yoksunluk, mahkumiyet hükmünün kesinleşmesiyle başlayıp hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar devam edecektir. Hapis cezasının infazının tamamlanmasıyla birlikte yoksunluk da kendiliğinden ortadan kalkar, yani yoksunluk kapsamındaki hakları yeniden kullanmaya başlar¹⁷¹.

Peki, "hapis cezasının infazının tamamlanması"ndan¹⁷² anlaşılan nedir? Hapis cezasının infazının tamamlanması kişinin bihakkın tahliye olmasıdır¹⁷³. Yani kişinin mahkûmiyet kararında belirtilen süreyi kural olarak cezaevinde çekerek doldurmasıdır. Ancak CGTİHK'nun 107/14. maddesi gereğince koşullu salıvermeden sonra denetim süresinin yükümlülüklerine uygun ve iyi halli olarak geçirilmesi halinde ceza infaz edilmiş sayıldığı için denetim süresinin sonunda da ceza infaz edilmiş kabul edilir. Aynı şekilde hapis

1977/960, KT. 9.3.1977, (Aytaç, Fethi: Açıklamalı-İçtihatlı Belediye Kanunu, 6. Baskı, Ankara 1998, s. 840-841; Aynı yönde bkz. D5D, E. 1981/1754, K. 1982/6579, KT. 26.5.1982, DD, Yıl 13, 1982/48-49, s. 102-103; D5D, E. 1987/1673, K. 1988/773, KT. 23.3.1988, DD, Yıl 19, 1989/72-73, s. 269); Yüksek Seçim Kurulu da seçildiği tarihte kesinleşmiş mahkumiyeti bulunmayan kişinin seçilmesine engel bir mahkumiyetten de bahsedilemeyeceği için tutanağın iptalinin mümkün olmadığını ifade etmektedir (YSK, Karar no. 135, KT. 14.6.1997, (Yüksek Seçim Kurulu İlke Kararları 1995-1996-1997 Yılları, Ankara 1999, s. 384-385); Aynı yönde bkz. YSK, Karar no. 788, KT. 11.2.1974, (Yüksek Seçim Kurulu Kararları 1974 Yılı, s. 154); YSK, Karar no. 210, KT. 6.6.1987, (Yüksek Seçim Kurulu Kararları 1986-1987 Yılları, Ankara 1989, s. 179 vd.).

¹⁷¹ Öztürk/Erdem, s. 301; Şen, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. I, (m. 1-140), İstanbul 2006, s. 171; Yılmaz, Hak Yoksunlukları, s. 37; Yılmaz, Geri Verilme, s. 90; Yıldız, s. 143.

¹⁷² Doktrinde TCK'nun 53. maddesinin hak yoksunluklarının başlama ve bitiş tarihlerini ifade etmek için "infazı tamamlanıncaya kadar" (ikinci fıkra); "infazından sonra işlemek üzere" (beşinci fıkra ilk cümle); "tamamen infazından itibaren" (beşinci fıkra son cümle); "cezanın tümüyle infazından itibaren" (altıncı fıkra son cümle) gibi birbirinden farklı ibareler kullanması nedeniyle terim birliğini kaybettiği belirtilmektedir (Otacı, Hak Yoksunlukları, s. 51).

¹⁷³ Akkaya, Çetin: Açıklamalı-İçtihatlı Cezaların Belirlenmesi, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı ve İnfaz Hukuku, Ankara 2007, s. 347.

cezasının ertelenmesi durumunda da TCK'nun 51/8. maddesine göre denetim süresinin yükümlülükler uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayıldığı için yine denetim süresinin sonunda ceza infaz edilmiş kabul edilecektir. Hapis ve adli para cezasına birlikte hükmedilmesi halinde ise cezanın infazı, maddede her ne kadar açık bir hüküm bulunmasa da kanaatimizce, mahkûmiyetin sonucu olarak hak yoksunlukları hapis cezasına bağlı ortaya çıktıkları için infazın tamamlanmasından hapis cezasının infazının tamamlanması anlaşılmalı, adli para cezasının infaz edilip edilmediğine bakılmamalıdır.

III. SONUÇ

Davranış normlarına aykırı davranılması, yani suç teşkil eden bir fiilin işlenmesi sonucu uygulanan yaptırımlardan birisi olan hak yoksunlukları ile kişi, vatandaş olarak sahip olduğu birçok hakkı kullanmaktan yoksun bırakılmaktadır. Suç işlemekle kişi, toplumsal ilişkilerde arasında mevcut olan güven esasına dayalı ilişkiyi ihlal etmekte ve toplumun kendisine karşı duyduğu güveni yitirmektedir. Bu nedenle kişinin özellikle güven ilişkisinin varlığını gerekli kılan belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılması yerindedir. Zira suç işlemekle güven ilişkisini ihlal edilen kişiden bir tedbir olarak toplum korunmalıdır. Bu korunma kural olarak mahkûm olunan cezanın infazı tamamlanıncaya kadar devam etmelidir. Çünkü cezanın infazının tamamlanmasıyla cezadan beklenen amaçların gerçekleştiği, yani kişinin işlediği suçtan dolayı etkin pişmanlık duyduğu ve suç işlemekle toplum nazârında kaybettiği güveni yeniden kazanmış olduğu kabul edilen birine hala bir tedbir uygulanması mantıksız olacaktır. Bununla birlikte sahip olunan hakkın kötüye kullanılarak bir suçun işlenmesi durumunda mahkûmiyetten sonra da tedbir niteliğinde belirli bir süreyle kötüye kullandığı haklardan yoksun kalınması doğru bir yaklaşım olacaktır. Bu açıdan yeni TCK'nın eski TCK'dan farklı olarak hak yoksunluklarını belirli süreli bir güvenlik tedbiri olarak düzenlemesi yerindedir.

Yeni TCK, eski TCK'da tür, kapsam, süre ve infazın başlangıç zamanı bakımından farklı maddelerde, dağınık bir şekilde yer verilen hak yoksunlukları ile ilgili hükümleri, "belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" başlığı altında bir maddede düzenlenerek eski TCK'ya göre daha sade, anlaşılır ve kolay uygulanabilir bir sistem oluşturulmuştur. Bunun yanında toplumsal hayatta güven esasına dayanarak kurulmuş bazı tüzel kişiliklerin yönetici ve denetçisi olunmaktan yoksun bırakılması tedbirin amacı açısından yerinde bir yaklaşımdır. Dilekçe hakkının yoksunluk kapsamında öngörülmemesiyle hak arama hakkının önündeki engel kaldırılmıştır. Fakat eski TCK'nın eleştirilen bazı hususlarına yeni TCK'da da yer verilmiştir. Örne-

ğın kanunilik ilkesine aykırı olan “diğer siyasi haklardan” yoksunluk hali korunmuştur. Vesayet kavramının yanında bir kurum olarak vesayete dahil kabul edilen kayyımdan ayrıca sözedilmesi kanunilik açısından yerinde olmakla birlikte ifade edilmese de aynı sonuca ulaşılabilirdi. Bunlardan başka seçilme hakkının kullanılması ile olunabilecek memuriyetlere, kamu görevinden yoksunluğun düzenlendiği bentte tekrar yer verilmiştir. Bunun gibi kamu görevinden yoksunlukta belirtilen yoksunluklar birinci bentteki siyasi yoksunluğun içerisinde olan kamu hizmetine girme hakkı kapsamında da değerlendirilebilmektedir.

Meslek ve sanattan yoksunluğun yeni TCK ile ceza mahkûmiyetine bağlı olarak ortaya çıkmasında bir kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iznine bağlı icra edilen meslekler hakkında kabul edilmesi kanunilik ilkesi açısından doğru olmuştur.