



YBHD

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
Yıldırım Beyazıt Law Review

MAKALE ÇAĞRISI CALL FOR PAPERS

Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmış hukukun çeşitli alanlarıyla ilgili makale, çeviri ve karar tahlillerinizi e-posta yoluyla bize ulaştırabilirsiniz.

Yıldırım Beyazıt Law Review accepts submissions in the form of articles, commentaries, case notes and book reviews in Turkish, English, German and French in all fields of law, For any query or submission kindly contact via e-mail.

2017/1.
SAYI İÇİN

Son gönderim tarihi/Deadline for Submissions : 15.10.2016

Web sitesi/Web Site : ybu.edu.tr/hukuk/ybhd

ULAKBİM Dergipark : dergipark.ulakbim.gov.tr/ybuhukuk/

İletişim/Contact : ybhukukdergisi@ybu.edu.tr

Posa Kodu/Zip Code : 06680



Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

Yıldırım Beyazıt Law Review

YBHD•2016/2

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review

Sahibi/Owner

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Managing Editor

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Editör/Editor

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Yayın Kurulu/Editorial Board

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Bedii KAYA

Arş. Gör. Köroğlu KAYA

Arş. Gör. Mert SİLAHŞÖR

Arş. Gör. Akif TÖGEL

Arş. Gör. Bilâl TOPRAK

ISSN: 2149-5831

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD) yılda iki sayı olarak yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir. Dergide yayınlanan yazılardaki görüşler yazarlarına aittir.

Basım Yeri/Printed in : Pozitif Matbaacılık

Çamlıca Mah. 145. Sok. No:10/19 Yenimahalle/ANKARA

Tel: 0312.397.00.31 - Faks: 0312.397.86.12

pozitif@pozitifmatbaa.com - www.pozitifmatbaa.com

Grafik Tasarım/Graphic Desing: Safure ARSLAN

Basım Tarihi/Date of Publication: Temmuz 2016/July 2016

Yayın Türü/Publication Type: Uluslararası Süreli Yayın/ International Periodical

İletişim Bilgileri/Contact Information: Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Cinnah Cad. No:16 Çankaya/ANKARA

Tel : +90 312 466 75 33/312 466 74 08

Belge Geçer/Fax : +90 312 466 81 90

Elektronik Ağ/Website: www.ybhukukdergisi.com

E-posta/E-mail: ybhukukdergisi@ybu.edu.tr

DANIŐMANLAR KURULU

Prof. Dr. Yücel ACER	<i>Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Murat ATALI	<i>Türk – Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ	<i>İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Ali Şafak BALI	<i>Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Talat CANBOLAT	<i>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Murat DOĞAN	<i>Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Cemil KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Mahmut KOCA	<i>İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Ziya Sacit ÖNEN	<i>Atılım Üniversitesi İşletme Fakültesi</i>
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	<i>Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Kemal ŐENOCAK	<i>Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	<i>Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	<i>Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>

Saygıdeğer Okuyucularımız,

“Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi” nin ikinci sayısından merhaba.

İlk sayımızı çıkardıktan sonraki yaşadığımız heyecan ve mutluluğumuz okurlarımızdan aldığımız olumlu görüşler ile bir kat daha arttı. Bu motivasyon ile çalışmalarına başladığımız ikinci sayımıza gösterdiğiniz ilgi ve alakaya teşekkür ederiz. Yoğun talep karşısında makalelerimizin bir kısmını sonraki sayımıza aktarmak durumunda kaldık. Bu da gösteriyor ki Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, daha ilk sayısında hukukçularımız başta olmak üzere okuyucularımızın teveccühünü kazanmıştır.

Dergimizde hukukun çeşitli alanlarıyla ilgili hem ulusal hem de uluslararası literatür çerçevesinde kaleme alınan çalışmaların yer almasının yanı sıra, Türkçe, İngilizce, Almanca veya Fransızca dillerinden birinde yazılmış makaleler ve tercümelere yer verilmesi de, teveccüh duyulmasının başlıca sebeplerden bir tanesidir.

Uygulanmakta olan kör hakemlik sistemiyle, makaleler akademik ölçütlere uygunluk açısından ve yazarlarından bağımsız olarak tarafsız hakemlerce değerlendirildiğinden dolayı dergimizde hakem listesini yayınlamamaktayız.

Elinizde bulunan bu sayıda kamu hukukunun ve özel hukukun farklı alanlarında yazılmış makaleler olduğu gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yayınlanan, kural olarak dostane çözüme ulaşılamaması durumunda başvuru, tek taraflı deklarasyon kurumuna yönelik bilgi notu çevirisi de bulunmaktadır.

Makale gönderen bütün yazarlarımıza ve gönderdiğimiz makaleleri titizlikle inceleyen, değerli görüşlerini bizlerle paylaşan ve herhangi bir karşılık beklemezsiniz hakemlik yaparak bizlere katkıda bulunan bütün Hocalarımıza bu vesileyle teşekkürü bir borç biliyoruz

Yayın aşamasında çalışmalarımızda desteklerini bizden esirgemeyen herkese ve özellikle de Yayın Kurulu'ndaki bütün arkadaşlarıma teşekkür ediyor, bu çalışmamızın hayırlara vesile olmasını diliyorum, hepinize saygılar sunuyorum.

Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle...

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ
Editör

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

Editörden.....v
İçindekiler.....xvii

KAMU HUKUKU

Vergi Hukukunda Hakim Hukuk Yaratması : Boşluk Doldurma
The Further Development on Tax Law By Judge

Arş. Gör. İmran ARITI ERDEM 1

Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık
Active Repentance in Turkish Criminal Code

Arş. Gör. Ensar BAKI.....27

Farklılıkların Bir Arada Yaşamasında Liberal Bir Yaklaşım: Çokkültürlülük Teorisi
A Liberal Approach to Living Together: Multiculturalism Theory

Dr. Taylan BARIN57

Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların Denetlenme Şekillerinin İdari Vesayet
Bakımından Değerlendirilmesi
*The Evaluation of Regulatory and Supervisory Authorities Inspection Forms in Terms of
Administrative Tutelage*

Arş. Gör. Melikşah ÇIRAKOĞLU 89

Karşılaştırmalı Olarak Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgelerinde Toplantı ve
Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü
*Freedom Of Assembly and Demonstration on Documents of Supranational Human
Rights Law Comparatively*

Yusuf ÇÖZELİ 121

İslam ve Osmanlı Yargılama Hukuku'nda Esbab-ı Mûcibe
Die Urteilsbegründung im islamischen und osmanischen Verfahrensrecht
Arş. Gör. Köroğlu KAYA..... 173

Ottoman Human Rights Practice: A Model of Legal Pluralism
Bir Çok Hukukluluk Modeli: Osmanlı İnsan Hakları Uygulaması
Arş. Gör. Akif TÖGEL 201

ÖZEL HUKUK

6102 Sayılı Kanuna Göre Anonim Şirketlerde Sona Erme
Termination of Joint Stock Companies According to Turkish Commercial Code Numbered 6102
Yrd. Doç. Dr. Serhan DİNÇ 223

Yargıtayca Verilen Bozma Yahut Bölge Adliye Mahkemelerince Verilen Geri Çevirme Kararlarından Sonra İslah Yapılabilir mi?
The Problem of Amendment of Pleading After Annulment of Decision of Court of Cassation and Reversal Decision of Regional Court of Justice
Yrd. Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN – Arş. Gör. Cansu KORKMAZ 249

Yetkili Makam Kararlarıyla Genel Yoldan Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Öğrenci Olmanın Etkisi
The Effect of Being a Student on the Acquisition of Turkish Citizenship By General Way
Yrd. Doç. Dr. Cemil GÜNER 291

ÇEVİRİ

Tek Taraflı Deklarasyon : Politika ve Uygulama
Déclarations Unilatérales: Politique et Pratique/Unilateral Declarations: Policy and Practice
Arş. Gör. Yavuz Selim Değerli..... 333

Kamu Hukuku

VERGİ HUKUKUNDA HAKİMİN HUKUK YARATMASI: BOŞLUK DOLDURMA

Arş. Gör. İmran ARITI ERDEM*

ÖZET

Hakimin hukuk yaratması, kanunun eldeki soruna cevap vermemesi, diğer bir deyişle bir boşluk ihtiva etmesi durumlarında ortaya çıkmakta ve bu çerçevede, sorunu çözüme kavuşturmak için boşluk doldurma faaliyeti gündeme gelmektedir. Bu faaliyet, yargı organları tarafından gerçekleştirilmekte ve böylece hukuki soruna uygun, hukuki bir çözüm bulunmaktadır. Hukuk yaratma ve boşluk doldurma kavramları, söz konusu hukuk dalının özellikleri ve ilgili kanunlarda buna cevaz verilip verilmediği göz önünde bulundurularak düşünülmelidir. Bu bakımdan bu çalışmada, vergi hukuku özelinde hukuk yaratma-boşluk doldurma kavramları, kökleri uzak bir geçmişe ve felsefi temellere dayanan “vergilerin yasallığı” ilkesi ve bunun hukuki ifadesi olan Anayasa'nın 73. Maddesi ile birlikte irdelenecek ve bu husustaki içtihat değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kanun boşluğu, hukuk yaratma, hakimin hukuk yaratması, boşluk doldurma, vergilerin yasallığı ilkesi, kıyas yasağı.

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Maliye Bölümü Mali Hukuk Anabilim Dalı.

THE FURTHER DEVELOPMENT ON TAX LAW BY JUDGE: GAP FILLING

ABSTRACT

The further development of law occurs when legislation does not cover the problem on hand or in other words, there is a legal gap in legislation and in this context, gap filling comes up to the fore . This activity is performed by the judicial bodies and thus, the legal solution which is appropriate for the legal problem be found. The notion of the further development of law and gap filling should be considered whether there is an answer in features of relevant law branch and related codes or not. With this regard, the notion of the further development of law and gap filling in tax law will be examined with the legality principle on taxation which have its origin in distant past and the philosophical basis and jointly with Article 73 of the Turkish Constitution which is a legal term of it and also legal precedent will be interpreted.

Keywords: Legal gap, further development of law, judicial further development of law, gap filling, the legality principle on taxation, prohibition on analogy, lex stricta.

GİRİŞ

Hukukun tüm alanlarında olduğu gibi, vergi hukukunda da hayattaki her durum ve şarta cevap verebilecek, bunlar için kural ihtiva edebilecek nitelikte bir kanun yapma imkanı mevcut değildir. Bir ideal olarak bile bu şekilde bir kanun düşünmek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle kanunlar, karşımıza çıkabilecek her durumda tam olarak bir kural öngörmeyebilir. Bunun yanı sıra kanun koyucu, kanunun gelecekteki ihtiyaçlara daha kolay cevap vermesi açısından çerçeve niteliğine hükümler öngörmek suretiyle de ilk bakışta, eldeki hukuki sorunu çözüme kavuşturuyormuş gibi görünen kurallar getirebilir. Bu durumlarda kanun boşluklarından söz edilmektedir. Kanun boşlukları plana uygun – aykırı yahut bilinçli bilinçsiz olabilmekte ve bu tasnifler uyarınca da ya gerçek bir kanun boşluğu doğmadığı kabul edilerek yorum faaliyetine gidilebilmekte ya da gerçek kanun boşluğunun varlığı ile birlikte bu boşluğun doldurulması gündeme gelebilmektedir

Farklı hukuk dallarında ve bu dallara özgü kanunlarda, o hukuk dalının dinamikleri ve birey haklarına yönelik doğabilecek tehlikelerin ehemmiyeti dikkate alınarak, bazen yasallık ilkesi ön plana çıkarılmakta ve boşluk doldurma faaliyetinin önü kapatılmaktadır. Ancak bazı durumlarda bizzat kanun koyucu, boşluk doldurma ve bu suretle hukuk yaratma faaliyetlerine cevaz vermektedir. İşte çalışmamızda, bu kategoriler arasında vergi hukukunun yeri ve bu bağlamda vergi hukukunda boşluk doldurmanın mümkün olup olmadığı ele alınmaktadır.

I. BOŞLUK KAVRAMI VE BOŞLUK TÜRLERİ

Kanun boşluğu kısaca, kanunda olması beklenen bir düzenlemenin olmaması şeklinde tanımlanabilir. Diğer bir ifadeyle, tezahür eden bir hukuksal sorunu kanun cevaplamıyorsa kanunda boşluk mevcuttur.¹

Bu şekilde tanımlanan boşluk kavramı, genellikle salt kanun metnini okumak suretiyle bir bakışta anlaşılacak açıklıkta olmamaktadır. Kanunda bir boşluğun olduğunu söylemek bir takım faaliyetler sonucunda mümkün hale gelmektedir. Bu faaliyetler somut bir olayın çözümü için kanuna başvurulmasıyla başlamaktadır. Vergi hukuku perspektifinden bakılacak olursa; bu alanda

1 Çomaklı, Şafak & Ak, Ahmet & Ayrangöl, Zülküf (2014) Vergi Hukuku Genel İlkeler ve Esaslar, Ankara, Savaş Yayınları, s. 83.

gerçekleşen bir olaya bir kanun hükmü uygulamak lazım geldiğinde vergi kanunlarına başvurulacaktır. Vergi kanunlarında mevcut normlara yahut olaya uygulanabilir nitelikteki spesifik bir norma bakılırken ne şekilde davranılacağına yönelik temel rehber Vergi Usul Kanunu'nun 3/A-2 hükmü olacaktır. Bu hükme göre “*Vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluştaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak uygulanır.*” Dolayısıyla, mevcut normların ihtiyaca cevap verip vermediği sonucuna, normun VUK 3/A-2’de gösterilen yöntemler kullanılarak yorumlanması akabinde ulaşılr. Maddede anılan yorum yöntemleri ertesinde hala somut olayı kapsayan, bu olaya uygulanabilecek bir norm bulunmamışsa kanun boşluğundan söz edilebilir.

Somut olayı çözüme kavuşturmak isteğiyle, vergi kanununa başvurulduğunda, mantıki açıdan ilk adım olan kanundaki normların lafzi yorumu yoluyla mümkün olan kelime anlamları incelendikten; normların kanunun bütünüyle olan sistematik ilişkisi ve kanun koyucunun amaçladığı hususlara göre yorum yapıldıktan sonra da normu somut olaya uygulayarak bir sonuca ulaşılamıyorsa kanun boşluğu söz konusudur. Bu hususta kanun koyucunun saymış olduğu yorum yöntemleri arasında bir öncelik sonralık ilişkisi bulunmamakta ve yorum faaliyeti bir bütün olarak yapıldıktan sonra kanunun ihtiyaca cevap vermesi söz konusu değilse, somut olaya uygulanabilir norm bulunmadığı için bir kanun boşluğu gündeme gelmektedir.

Kanun boşluğu kavramı bakımından en önemli özellik, kanundaki eksikliktir. Vuku bulan somut olay, kanunun lafzı olay için uygulanabilir bir düzenleme içermiyorsa, kanun normunun yorumu yoluyla (secundum legem) çözüme kavuşturulamıyorsa, bir düzenleme eksikliği bulunmaktadır. Bu eksikliğin doğurduğu kanun boşluğu nedeniyle, norm altlama işlemiyle somut olaya uygulanamamaktadır.² Diğer bir ifadeyle normun kendisi, hukuksal çözüm ihtiyacına cevap vermemekte; somut olayı çözümsüz bırakmaktadır.

Kanun boşlukları hukuk teorisinde çeşitli şekillerde tasnif edilmiştir; bunlar, plana uygun (bilinçli) - plana aykırı (bilinçsiz), açık - örtülü boşluk şeklinde sıralanabilir.³

2 Furtun, İdris Hakan (2009) Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 62.

3 Akkaya, Mustafa (2002) Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım, Ankara, Vedat Kitapçılık, s. 58.

A. PLANA UYGUN VE PLANA AYKIRI KANUN BOŞLUKLARI

Bilinçli ve bilinçsiz yahut kural içi ve kural dışı kanun boşlukları olarak da adlandırılan bu tasnifte önemli olan, kanun koyucunun iradesi, davranış saikidir.

Plana uygun boşluklar, kanun koyucunun iradesi ile bırakıldığı için kural içi (intra legem) ve bilinçli boşluk olarak da adlandırılmaktadır. Bunların yanı sıra doktrinde maddi boşluklar yahut yetki devri boşlukları olarak da geçmektedir ve bu tür boşluklar kolay tespit edilmektedir.⁴

“Kanun koyucunun iradesi ile bırakılmak”, normun bilinçli bir şekilde eksik bırakıldığı anlamına gelmektedir. Bu tür boşluklar kanun koyucunun, konunun özelliklerini dikkate alarak genel bir düzenleme yapmayı uygun görmesi, bu bakımdan çerçeveyi çizmesi ve içeriğini doldurmayı uygulamaya, diğer bir deyişle içtihadı yahut doktrine bırakması şeklinde tezahür etmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, belirlemede eksik bırakma nedeni de önem taşımaktadır. Eğer kanun koyucunun iradesi o konuyu tamamen hukuki düzenleme dışı bırakmaksa boşluk yoktur; zira boşluk, kanunun düzenlemesi gereken düzenlemediği alanlarda söz konusu olmaktadır. Şayet hukuk dışı bırakma amacı belirginleşmişse burada boşluk değil kasıtlı susma vardır. Bu durumda ne yorum ne de hukuk yaratma kavramları gündeme gelmektedir. Zira kanunda, o kanun ile düzenlenmek istenmeyen hususlara yer verilmesi mümkün ve mantıklı değildir; bu tür hususların kanunda yer alması da elbette kanun boşluğu doğurmayacaktır. Ancak kanun koyucunun iradesinde konuyu hukuk dışı bırakmak değil, genel bir çerçeve çizip içeriğini doldurmayı uygulamaya bırakma amacı belirginleşmişse bu durumda plana uygun boşluk mevcuttur. Kanun koyucunun bir kategoriye bilinçli olarak düzenleme dışında bırakmak istediği durumlara örnek olarak 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 23. maddesi gösterilebilir. Anılan maddede, gelir vergisinden istisna edilen ücretler sayılmış ve bunlardan biri olarak özel fertler tarafından evlerde, bahçelerde, apartmanlarda ve ticaret mahalli olmayan sair yerlerde orta hizmetçiliği yapanların kazandığı ücretler öngörülmüştür. Bu kapsamda kanun koyucu, özel olarak “ticaret mahalli olmayan yer” demek suretiyle ticari mahallere lafızda yer vermemiştir. Burada açıkça “ticari mahallerde orta hizmetçiliği kapsam dışındadır.” dememekle birlikte, bilinçli olarak bir kategori oluşturup diğer hususlarda susarak bilinçli olarak boşluk bırakmıştır. Bu durumda artık bu

4 Furtun, s. 73.

boşluğu doldurmak suretiyle, ticari mahallerde orta hizmetçiliği yapan kişilere ödenen ücretleri de istisnanın içinde saymak mümkün değildir. Nitekim Gelir İdaresi Başkanlığı'nın konuya ilişkin olarak yayınladığı 2010 tarihli bir özeldede “*kapıcının iş merkezlerinde veya ticaret mahalli olan sitede çalıştırılması durumunda ise, yapılan ödemeler gelir vergisinden istisna olmayıp Gelir Vergisi Kanunu'nun 61, 94, 103 ve 104 üncü maddeleri çerçevesinde ücret olarak gelir vergisine tâbi tutulması gerekmektedir.*” denilmek suretiyle sınır net bir şekilde çizilmiştir.⁵

Plana uygun kanun boşluklarında çoğunlukla genel hükümlere yahut belirsiz hukuk kavramlarına rastlanmaktadır. Bunun dışında kanun, birden fazla makul yoruma elverişliyse ve bunlardan birinin seçimi hakime bırakılmışsa da plana uygun boşluk olduğu varsayılmaktadır.⁶

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 40. maddesinde geçen “genel giderler” kavramı, plana uygun boşluğa örnek olarak gösterilebilir.⁷ Bu örnekte de görüldüğü gibi, kanun burada çerçeve niteliğinde bir hukuk kavramı kullanmış, tahdidi veya örneklendirici bir saymaya gitmemiş ve neyin “genel gider” kapsamına girdiğinin belirlemesini uygulamaya bırakmıştır.

Bu tür boşlukların doldurulması genellikle yorum yolu ile olmaktadır. Dolayısıyla bu boşlukların doldurulmasında yorum için çizilen sınırlar geçerli olmaktadır.⁸

Plana aykırı kanun boşlukları ise kanun koyucunun iradesi dışında tezahür eden boşluklardır. Dolayısıyla artık burada kanun koyucunun öngörüsü dışında kuralızsız kalan bir alan mevcuttur.⁹ Bu bakımdan bu tür boşluklar bilinçsiz ve gerçek boşluklar olarak da adlandırılmaktadır.

Vergi Usul Kanunu'nun 5. maddesi plana aykırı boşluk hallerine tipik bir örnek olarak gösterilebilir. Bu madde, 362. maddedeki vergi mahremiyetinin ihlali suçunu işleyebilecek olan kişileri saymaktadır. Bu kişilerden yargı organı mensubu olanlar ilk fıkranın 2. bendinde “*Vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay'da görevli olanlar*” şeklinde sayılmıştır. Görüleceği üzere vergi hukuku alanında, örneğin bir dosyada işçi ücretlerinden yapılan stopaj-

5 T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı'nın B.07.1.GİB.4.06.17.02 -DMG-1255-458 sayılı ve 24.06.2010 tarihli özeldesi.

6 Çomaklı & Ak & Ayrangöl, s. 83.

7 Akkaya, s. 59.

8 Akkaya, s. 59.

9 Furtun, s. 60.

lar hakkında bilgi sahibi olabilecek İş Mahkemeleri'nde görevli kişiler yahut vergi ceza hukuku alanında, örneğin vergi kaçakçılığı suçu ile ilgili yetki sahibi olan Yargıtay'da görevli kişiler bu kapsamda değerlendirilemeyecek ve bir özgü suç olan vergi mahremiyeti suçu bu kişiler tarafından işlenemeyecektir. Kanun koyucunun iradesine bakıldığında burada, mükelleflerin vergi mahremiyetlerinin yargı mensupları tarafından ihlal edilmesini engelleme amacıyla hareket ettiği görülmektedir. Ancak yalnızca vergi yargısı içerisindeki ilk derece mahkemesi olan vergi mahkemeleri ile Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay'a hüküm içerisinde yer vererek, yargılama faaliyetini yürütürken mükelleflerin vergi mahremiyeti kapsamındaki bilgilerine sahip olabilecek diğer yargı organlarını saymamıştır. Bu bakımdan, amacı vergi mahremiyetini yargı organı mensuplarının ihlallerinden korumak olan normda bazı yalnızca vergi yargısı organlarına yer verilerek plana aykırı bir boşluğa sebep olunmuştur.

Bu tür bir boşluk saptanırken, VUK 3/A-2'nin çizdiği rota takip edilir; bu rota dahilinde yorum yapılarak kanun koyucunun bu konuyu düzenlemek istemediği, onu kapsam dışında gördüğü yahut normun içeriğini uygulamanın doldurmasını istediği sonucuna ulaşılmazsa, boşluğun plana aykırılığı şüphesizdir.¹⁰ Bu tür boşluklar genellikle kanunların yazılışındaki özensizlikten dolayı ortaya çıkabilir.¹¹

Görülebileceği üzere, boşluk doldurma kurumunu gündeme getirecek asıl boşluklar plana aykırı kanun boşluklarıdır.

B. AÇIK VE ÖRTÜLÜ KANUN BOŞLUKLARI

Kanun boşluklarına ilişkin diğer bir tasnif ise açık ve örtülü kanun boşlukları ayrımıdır. Bu ayrımın esas alınan nokta, kanun metninde bir hükmün olup olmadığıdır. Diğer bir deyişle, görünüş itibarıyla de olsa bir normun mevcut olup olmadığına bağlı olarak ikili bir ayırım yapılır.

Şayet kanunda somut olaya ilişkin herhangi bir norm yoksa, kanundaki düzenlemeler sınırlı lafız nedeniyle olaya uygulanamıyorsa açık boşluk söz konusudur.¹²

Bu boşluklara bir örnek olarak Gelir Vergisi Kanunu'nun 70. maddesinden bahsetmek gerekmektedir. Bu maddede yazılı mal ve hakların, yine maddede yazılan kişiler tarafından kiraya verilmesinden elde edilen irat gay-

10 Furtun, s. 66.

11 Karakoç, Yusuf (2007) Genel Vergi Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 174.

12 Furtun, s. 64.

rimenkul sermaye iradı olarak tarif edilmiştir. Maddede yalnızca “kiraya verilmesinden elde edilen iratlar” ifadesi kullanıldığı için, metinde sayılanlar üzerinde bir başkasına intifa hakkı tanınmasından elde edilen bedeller gayrimenkul sermaye iradı olarak sayılmayacaktır.¹³ Bu noktada belirtmek gerekir ki Danıştay 4. Dairesi, idarenin 70. maddede sayılan mallar üzerinde intifa hakkı kurulmasından elde edilen bedeli kira bedeline benzetmek suretiyle gayrimenkul sermaye iradı içinde saymasını hukuka aykırı bulmuştur. Buna ilişkin kararda Danıştay, maddede intifa hakkının sayılmadığını, maddede sayılmayan bu hususun gayrimenkul sermaye iradı olarak değerlendirilmesinin mümkün olamayacağını belirtmiştir.¹⁴

Kanunun norm içermesi fakat bu normun, mümkün olan kelime anlamlarıyla birlikte düşünülüp somut olaya uygulanması halinde kanunun amacının gerçekleşmemesi söz konusuysa örtülü (gizli) kanun boşluğu kavramı gündeme gelmektedir. Başka bir deyişle, kanunun geniş kapsamlı, gerekli ayrıntılara yer vermemiş olan kelime anlamının, kanunun amacı ve eşit olmaya eşit davranmama anlamına gelen negatif eşitlik ilkesi esas alındığında bir sınırlandırmayı gerektirmesi halinde ortaya çıkan boşluk örtülü boşluktur.¹⁵ Burada görünüşte bile olsa bir norm vardır ancak bu norm, tatmin edici bir anlama sahip değildir; kanun belli bir sorunun cevabını taşımasına rağmen bu cevap somut olayda işe yaramamaktadır yahut açıkça haksızdır.¹⁶ Özetle, örtülü boşluk halinde, kanunun lafzı ile ruhu birbirini tutmamaktadır.¹⁷

Örtülü boşluk hallerine örnek olarak VUK Ek madde 1 ve 13 arasında düzenlenen uzlaşma kurumuna ilişkin hükümler verilebilir. Bu hükümler uyarınca uzlaşma vergi ve vergi cezası miktarı üzerinde yapılacak olup bu miktarın sınırları, yalnızca miktar üzerinde mi uzlaşma sağlanacağı, uzlaşmaya varılmasının şartları hususlarında herhangi bir düzenleme getirilmemiştir.¹⁸ Dolayısıyla bu konularda VUK'ta bir örtülü boşluk olduğundan bahsedilebilir.

13 Hayrulloğlu, Betül (2012) “Türk Vergi Yargısında Kıyas Yasağı İlkesi” (Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 128.

14 Danıştay 4. Daire, E. 2009/5053, K. 2010/1965, T. 08.04.2010.

15 Kırca, Çiğdem (2001) “Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlandırma”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 50, Sayı: 1, 91-119, s.96.

16 Çilingir, Ali İhsan Özgür (2012) Vergi Hukukunda Yorum, Ankara, Adalet Yayınları, s. 250.

17 Çomaklı & Ak & Ayrançöl, s. 83.

18 Yavaşlar Başaran, Funda (2010) “Uzlaşma Uygulaması Hukuka Uygun Mu?”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 257, 163-171, s. 168.

II. BOŞLUK DOLDURMA YÖNTEMLERİ

Yukarıda detaylıca açıklanmış olan boşluk hali ortaya çıktığı takdirde ortaya çıkan bu boşluğun doldurulması gerekmekte ve bu çerçevede hukuk yaratma kavramı gündeme gelmektedir.

Hakimin hukuk yaratması, geniş anlamda ve dar anlamda olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Geniş anlamda hukuk yaratma; hukuk kurallarının seçilmesi, bu hukuk kurallarında kullanılan ifadelerin anlamlarının tespiti, somut uyuşmazlığın kuraldaki ölçütlere göre değerlendirilmesi, karar verilmeden önce hakim tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerdir.¹⁹ Bu bakımdan geniş anlamda hukuk yaratma, hakimin somut uyuşmazlığı çözmek için yaptığı faaliyetleri de içine alan bir kavramdır. Dar anlamda hukuk yaratma ise; kanuni düzenlemenin mümkün olan kelime anlamı ile gerekçelendirilemeyecek hakim kararlarını ifade etmektedir.²⁰ Diğer bir deyişle dar anlamda hukuk yaratma, gerçek bir yaratma faaliyetini ifade etmektedir; zira, kanunun öngördüğü bir kural yokken hakimin, hukukun sınırları içinde kalarak ve somut olaya özgü olarak bir kural yaratması söz konusudur.

Hukuk yaratmak suretiyle boşluk doldurma, kıyas yolu ile olabileceği gibi daha önce mevzuat içerisinde yer almayan, tamamıyla yeni bir yaratmak yolu ile de mümkün olmaktadır.

A. KIYAS

Kanun boşluklarını doldurma yöntemlerinden biri kıyastır. Bu kavram, kanunda mevcut bir kuralın, nitelikleri ve koşulları ona benzeyen fakat kanunda öngörülmemiş başka bir olaya uygulanması şeklinde tanımlanabilir.²¹ Doktrinde buna benzer başka tanımlar da mevcuttur. Örneğin TIPKE'nin tanımına göre kıyas, hukuk kuralından çıkarılması gereken ilkelerin kanunda düzenlenen olaya benzer, yani onlara karar nedeni için önemli olan kısımlarda yapısal benzerlik arz eden olaylara genişletici uygulamasıdır.²²

19 Furtun, s. 27.

20 Furtun, s. 33.

21 Öncel, Mualla & Kumrulu, Ahmet & Çağan, Nami (2015) Vergi Hukuku, 24. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 29'dan aktaran Güneş, Gülşen (2008) Verginin Yasallığı İlkesi, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 43, dipnot 95.

22 Tipke, Klaus (1993) Die Steuerrechtsordnung, Band. III, 2. Aufl, Köln, Otto Schmidt, s. 1302'den aktaran Birsenoğlu, Hakan (2003) "Vergi Hukukunda Kıyas Yasağı Yoluyla Hukuk Güvenliği Mi?", Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 3-4, s. 159, dipnot 7.

Bu şekilde tanımlanan kıyas kavramı, hukuki veya kanuni bağlamda karşımıza çıkabilmektedir. Kanuni kıyasta (norm kıyası-münferit kıyas) kanunun maddesi kapsamındaki davranış ve ilişkilerin ana unsurları tespit edilip benzer unsurlara sahip davranış ve ilişkilere uygulanmaktadır. Hukuki kıyasta (düzenleme kıyası-bütünsel kıyas) ise birden çok kanun kuralından bir genel ilkenin ortaya çıkarılması söz konusudur.²³

Kıyasın yapılabilmesi için varlığı zorunlu ilk unsur bir yasa boşluğudur. Yasa boşluğu olduğu görüldüğünde bu boşluğu doldurmak için kıyas yöntemine başvurulursa ikinci aşamada, kanun tarafından çözüme kavuşturulmuş benzer bir somut olay olup olmadığına bakılacaktır. Diğer bir deyişle boşluğu tespit ettikten sonraki aşama, benzerliği saptama aşamasıdır. Bu benzerlik, farklı olan iki durum arasındaki ortak noktaların görülüp tanımlanması şeklinde saptanır; diğer bir deyişle burada aynılık değil benzerlik saptaması vardır.²⁴ Bu benzerliğin fiili benzerlik olması da gerekmez; nitelik yönünden benzerlik yeterlidir.²⁵ Örneğin benzerlik, iki olayın menfaatlerinin benzerliğinden kaynaklanabilir. Benzer somut olay belirlenirse bu sefer bu olay için öngörülmüş soyut norm ortaya konulacak ve bu norm, iki olayın aynı düzenlemeye tâbi olması gerektiği düşüncesiyle ikinci olaya uygulanacaktır.

Görülebileceği üzere kıyas uygulamasının koşulları özetlenecek olursa; öncelikle somut olay için kanunda bir boşluk bulunması ve aynı zamanda benzer nitelikte bir durum için öngörülmüş bir normun da var olması durumunda kıyas mümkündür.

Bu şekilde tezahür eden kıyas uygulaması neticesinde aslında hakim tarafından, boşluk doldurmak amacıyla hukuk yaratılmaktadır. Zira burada yorumun ötesine geçilerek kanunun lafzı tarafından kavranmayan bir olay kanuni düzenleme kapsamına sokulmaktadır.²⁶ Dolayısıyla burada kanun koyucunun iradesi dışına çıkılarak kanunun içerdiği düşünce geliştirilir ve yeni bir hukuk kuralı ortaya koyulur.²⁷ Ancak bazen kıyas yapmayı normun kendisi zorunlu kılabilir. Kanuni atıf yöntemi ile kanun koyucu, bizzat kanun hükmünde bir normun benzeri biçimde uygulanmasını emredebilir.²⁸ Bu durumda kıyas, hukuk yaratma sonucunu doğurmaz; zira kanun koyucu söz konusu alanı tamamen kuralsız bırakmamış, hukuk düzeninde halihazırda var olan bir başka kurala göndermede bulunmuştur. Örneğin, Kurumlar Vergisi Kanu-

23 Çilingir, s. 248.

24 Furtun, s. 76.

25 Saygılıoğlu, Nevzat (1986) "Vergi Hukukunda Yorum" (Doktora Tezi), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 20.

26 Furtun, s. 85.

27 Çilingir, s. 257.

28 Furtun, s. 76.

nu'nun 6. maddesinde, safi kurum kazancının belirlenmesinde Gelir Vergisi Kanunu'nun ticari kazanç hakkındaki hükümlerinin uygulanacağı söylenmiştir. Burada kanunun verdiği cevazla, ticari kazançta dair hükümler kıyas yoluyla safi kurum kazancına da uygulanacaktır. Burada bir boşluk olmadığı için, bir boşluk doldurma faaliyetinden de söz edilemeyecektir.

Vergi hukukunda hakim boşluk doldurması konusu irdelenirken, bir boşluk doldurma yöntemi olarak (kanunun açıkça cevaz verdiği haller dışındaki) kıyasın da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu açıdan öncelikle vergi hukukunda kıyasın mümkün olup olmadığına bakılması icap etmektedir. Aşağıda yer alan bölümde detaylıca açıklanmakla birlikte, kıyas başlığı altında da belirtilmesinde fayda vardır ki, Anayasa'nın 73. maddesindeki vergilerin yasallığı ilkesi, belirlilik ilkesi, öngörülebilirlik ilkesi, 143 sıra no'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği²⁹ gereğince, vergi hukukunda yazılı hukukun ötesinde, kıyas yoluyla hukuk yaratmanın mümkün olmadığı söylenmelidir. Vergi hukukunda yasallık, hukuki belirlilik ve güvenlik önde gelen ilkelerdendir ve buna bağlı olarak, özellikle ceza, matrah, oran, istisna muafiyet konularına ilişkin hükümleri kıyasa elverişli değildir.³⁰ Aksi halde vergi yargısının, kıyas yoluyla vergi yükünü artırabilme riski doğar ve bu da hukuken kabul edilebilir bir durum olmamaktadır.

Buna karşın, şunu belirtmek gerekir ki doktrinde vergi hukukunda kıyasın yapılabileceğini savunan görüşler de mevcuttur. Örneğin, bir görüşe göre, anlam derinliği ve kavram içeriğinin önde geldiği kanun maddelerinde kıyas açısından elverişli zemin vardır ve vergi hukukunda kabul edilebilir kı-

29 17/04/1981 tarihli ve 17402 no'lu Resmi Gazetede yayımlanan 143 sıra no'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde "Vergi Kanunlarının Uygulanması ve İspat" başlıklı bölüm: "(VUK) Madde metninde, „Vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder.“ denildiğine göre, uygulamalarda ilk olarak olaya ilişkin metin hükmü nazara alınacaktır. Öngörülen yorum metoduna göre, olaya ilişkin kesin bir lafzın kanunda mevcut bulunmaması halinde, olay için uygulanacak işlem tayin edilirken veya bir çözüm yolu aranırken, önce vergi kanununun konuda takip ettiği maksat, hükümlerin kanun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle bağlantısı nazara alınmak suretiyle bir sonuca varılması ve bu sonuca göre hükümlerin uygulanması gerekecektir. Diğer yandan, kanun hükümlerinin kanuna hakim olan hukuki düşüncenin sınırlarını aşacak şekilde genişletilerek yorumlanmaması ve kıyas yolu ile başka hadiselerle teşmil edilmemesi gerekir. Kanunda diğer bir hükme atıf yapıldığı durumda bile kanunun öngördüğü sınırlar içinde kalınmalıdır. Ayrıca, kanun hükümlerinin açık olmaması veya kanunda birbirleriyle çelişen hükümlerin bulunması halinde, objektif hüsnüniyet kuralı göz önünde tutularak yorum yapılması esastır. Kanunda hüküm bulunmayan hallerde ise, hüküm koyacak kanun boşluklarının doldurulması kuralı vergi hukukunda kullanılamaz.”

30 Çilingir, s. 248. Benzeri görüşler için bkz. Çomaklı & Ak & Ayrançöl, s. 84; Saygılıoğlu, s. 114.

yas, olayların vergisel kavramlara uyarlanması veya vergisel kavramların yeni gelişmelere göre anlam kümesinin genişlemesi durumunda mümkündür.³¹ Bu görüşe göre özellikle kanunda “gibi”, “diğer”, “benzeri” şeklinde ifadeler kullanılmışsa, kanun koyucu kıyasa izin vermiştir. Yine KANETİ, maddi vergi kanunlarından farklı olarak usul kurallarını içeren Vergi Usul Kanunu’ndaki boşlukların doldurulması için kıyas yoluna gitmenin mümkün olduğunu savunmaktadır.³² ŞENYÜZ & YÜCE & GERÇEK de vergi yükü ortaya çıkarmayan hükümlerin uygulanmasında kıyastan yararlanılabileceğini savunmaktadır.³³ Yine BİRSENOĞUL ve KUMRULU da yöntem kurallarını içeren Vergi Usul Kanunu’nda yer alan boşlukların doldurulması için kıyasa başvurulabileceğini; yasallık ilkesinin vergilendirme işlemleri ile vergi yargılamasına dair boşlukların kıyas yolu ile doldurulmasına engel olmadığını belirtmektedir.³⁴ Aynı doğrultuda FURTUN da olaylar arasındaki benzerlik vargısı doğru bir şekilde kurulduğunda kıyas yöntemi ile hukuk yaratmanın vergilerin kanuniliği ilkesine zarar vermeyeceğini, aksine kanunilik ilkesinin yasa boşluklarının öncelikle kıyas yöntemi ile doldurulmasını öngördüğünü; bu bakımdan kıyas yöntemi ile hukuk yaratmanın vergi kanununun daha iyi uygulanmasını sağlayacağını savunmaktadır.³⁵

Bu noktada bir de, vergi kanununun izin verdiği durumlarda kıyasın yapılabileceğini savunan görüşler de vardır. Örneğin BİRSENOĞUL, Kurumlar Vergisi Kanunu’nda gelirin Türkiye’de elde edilmesi, Türkiye’de daimi temsilci bulundurulması, diğer kazanç ve iratlar kavramlarının belirlenmesinde Gelir Vergisi Kanunu’nun esas alınacağını ve burada kıyasın söz konusu olduğunu söylemektedir.³⁶ Ancak karşıt görüşler, bunun boşluk doldurma şeklinde bir kıyas değil; kanunun bir maddesinden hareketle başka maddelerin uygulanmasının sağlanması olduğunu ve burada bir atıf ilişkisinin bulunduğunu ileri sürmektedir.³⁷

31 Çilingir, s. 248.

32 Kaneti, Selim (1991) “Vergi Usul Kanunu’ndaki Boşlukların Yargı Tarafından Doldurulması”, Vergi Dünyası, Sayı: 123, 35-48, s. 38’den aktaran Oktar, Ateş, Vergi Hukuku, 3. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2008, s. 67, dipnot 216.

33 Şenyüz, Doğan & Yüce, Mehmet & Gerçek, Adnan (2011) Vergi Hukuku, 2. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları, s.53.

34 Birsenoğul, s. 168. Kumrulu, Ahmet (1989) “Uzlaşmaya İlişkin Bir İçtihatları Birleştirme Kararının Işığında Vergi Hukukunda Teori, Uygulama ve Öğretim”, Danıştay Dergisi, Sayı: 72-73, 8-26, s. 15.

35 Furtun, s. 225, 317.

36 Birsenoğul, s. 167.

37 Uluatam, Özhan & Methibay, Yaşar (1999) Vergi Hukuku, Değişik 3. Baskı, Ankara, İmaj Yayıncılık, s. 80’den aktaran Karakoç, s. 171.

Vergi hukukunda kıyasın mümkün olduğu düşüncesinde Alman içtihatları da önem taşımaktadır. Zira Alman vergi hukukundaki egemen görüş, vergi yükünü ağırlaştırmayacak şekilde ve buna uygun konularda kıyasın mümkün olduğu yönündedir.³⁸ Önceleri vergiyi doğuran olayın yargı tarafından yeniden oluşturulması ya da genişletilmesinin sakıncalı olabileceğini savunan Alman Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşü daha sonra değişmiştir.³⁹

Her ne kadar doktrinde kıyasın (usul hükümleri ile sınırlı da olsa) mümkün olduğu yönünde görüşler ve uluslararası alanda vergi hukukunda kıyasın uygulandığı Almanya gibi örnekler olsa da, pozitivist bir yaklaşımla ve Anayasa madde 73'ün madde 2 ve madde 7 ile birlikte okunması gerekmektedir. Bu çerçevede hem hukuk devleti hem de yasama yetkisinin devredilemezliği ilkeleri ile birlikte vergilerin kanuniliği, belirliliği, öngörülebilirliği ve hukuki güvenlik ilkeleri gereğince vergi hukukundaki esasa yahut usule ilişkin olup olmadığı önem taşımaksızın, hiçbir şekilde kıyas mümkün değildir. Burada temel amaç sayılan ilkeleri gerçekleştirmek suretiyle hem mükellefleri hem de devleti korumaktır. Zira kıyas yolu ile mükellefin vergi yükünün ağırlaşma riski mevcut iken öte yandan da hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerinin zedelenmesiyle hukuk devleti de zarar görmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki vergi yükünün belirleyicisi yalnızca esasa ilişkin – maddi nitelikteki hükümler değildir; usule ilişkin bir hüküm de dolaylı olarak vergi yüküne etki edebilir. Bu bakımdan doktrinde, esasa ilişkin olmadığı ve dolayısıyla vergi yükünü ağırlaştırma riski taşımadığı gerekçesi ile usul hükümlerinde kıyasın yapılabileceği görüşlerine katılmak mümkün değildir. Dolayısıyla vergi hukukunda hükümler arasında ayırım gözetilmeksizin, sıkı bir şekilde kıyas yasağının uygulanması, bu yasağın amacına daha uygun olacaktır.

B. TAMAMIYLA YENİ BİR KURAL YARATMA YOLU

Orijinal kural yaratma yöntemi, kıyas yoluyla veya hukukun genel ilkelerine başvurarak boşlukların doldurulması uygun görülmediği takdirde, hakim, önündeki olaya uygulanabilecek kuralı tamamıyla orijinal nitelikte olmak üzere yaratması anlamına gelmektedir.⁴⁰

38 Hess, Dieter (1974) "Analogieverbot und Steuerrecht: ein methodologischer und rechtlicher Beitrag zu den Grenzen der Luckenausfüllung im Steuerrecht dargestellt am Beispiel der Analogie", Diss. Iur., Köln, s. 76'dan aktaran Güneş, s. 145.

39 Güneş, s. 144.

40 Edis, Seyfullah (1993) Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Baskıdan Tıpkı Basım, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, s. 151.

Burada altı çizilmesi gereken husus şudur ki hakim burada yine kanun koyucu gibi davranmakta, kanun koyucu olsa idi somut olayı çözmek için nasıl bir kural vazedecek idiyse o şekilde bir kural öngörmektedir. Yalnızca bu kuralı öngörürken benzer bir kural ile kıyas yoluna gitmemekte yahut hukukun genel ilkelerinden somut olaya uyarlanabilecek bir çözüme başvurmamaktadır. Burada çözüm getiren kural, daha önce pozitif hukuk içerisinde yer almamakta ve o somut olaya özgü olarak ilk defa hakim tarafından öngörülmektedir.

Bu noktada belirtilmelidir ki, bu tür hukuk yaratmada da hukuk düzeninin ihtiva ettiği sınır ve ölçütler çerçevesi içinde kalınmakta ve hukukun genel ilkelerine, Anayasa'ya ve adalet düşüncesine uygunluk gözetilmektedir.⁴¹ Ayrıca hakkaniyet, ölçülülük gibi ilkeler de dikkate alınmaktadır.

Doktrinde vergi yükümlülüğünün özüne ilişkin konulardan ziyade, usul ve şekle ilişkin boşluklar doldurulurken bu yöntemin kullanılabileceğini savunan görüşler⁴² olmakla birlikte, bir sonraki başlıkta daha detaylı açıklanacağı üzere kanunilik ilkesi çerçevesinde vergi hukukunda hakimın tamamiyle yeni bir kural yaratmasının mümkün olmadığı düşünülmektedir.

III. VERGİ HUKUKUNDA HAKİMİN HUKUK YARATMASI SORUNUNUN ANAYASAL İLKELER AÇISINDAN İRDELENMESİ

Bu bölüme gelinceye kadar çalışmanın konusunu oluşturan hukuk yaratma durumu medeni hukuk bağlamında incelenmiş olup bu bölümde ise anılan duruma ilişkin olarak vergi hukuku özelinde inceleme yapılacaktır. Vergi hukuku bakımından inceleme yapılması için öncelikle konuyla ilgisi kurulabilecek anayasal ilkelerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Hukuk yaratma ile ilgisi kurulabilecek anayasal ilkelere bakıldığında görülmektedir ki, değerlendirmenin hukuk devleti ilkesi, hukuki güvenlik ilkesi, belirlilik ilkesi, öngörülebilirlik ilkesi, vergilerin yasallığı ilkesi ve güçler ayrılığı ilkesi çerçevesinde yapılması lazım gelmektedir.

Hukuk devleti, eylem ve işlemlerinde hukuk kurallarına uygun hareket eden ve vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan devlettir.⁴³ Bu çerçevede, tanımdan yola çıkarak hukuk devletinin bir takım gereklerinin olduğunu ifade

41 Furtun, s. 47-48.

42 Öncel & Kumrulu & Çağan, s. 17. Karakoç, s. 175-176.

43 Gözler, Kemal (2012) Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 12. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, s.82.

etmemiz mümkündür. Bu gereklerden çalışmanın konusu bakımından hukuki güvenlik ilkesi ve belirlilik ilkesi önem taşımaktadır. Hukuki güvenlik ilkesi, bireylerin kendilerine uygulanacak hukuk kurallarını bilme ve davranışlarını buna göre ayarlayabilme imkanına sahip olmaları şeklinde özetlenebilir.⁴⁴ Vergilerin belirliliği ilkesi hem vergiyi doğuran olay hem de vergi yükünün kanunda belirlenmiş olmasını gerektirmektedir.⁴⁵ Zira vergi yükü, en nihayetinde kişinin temel hak ve özgürlüklerinden olan mülkiyet hakkına el atma biçiminde tezahür etmektedir ve keyfi şekilde artırılma riskine karşı, hukuku öngörülebilirlik ilkesinin yanı sıra belirlilik ilkesi ile de güvence altına alınması gerekmektedir.

Belirlilik ilkesinin beraberinde getirdiği bir diğer ilke ise öngörülebilirlik ilkesidir. Öngörülebilirlik ilkesi, Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.2014 tarih ve 2014/6192 sayılı bireysel başvuru kararında tanımlandığı üzere *“hukuk kurallarının uygulanması halinde doğabilecek sonuçların önceden tahmin edilebilmesi anlamına gelmektedir.”* Yine hukuk devleti ilkesiyle bağlantısı kurulabilecek bir başka ilke de vergilerin yasallığı ilkesidir. Bu çerçevede, Anayasa'nın 73. maddesinin 3. fıkrasında yer alan *“Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.”* hükmü önem arz etmektedir. Buna göre vergilerin yasallığı ilkesi vergi yasalarının uygulanmasında vergi yükünün kanunun belirlediği sınırların dışına taşırılmamasını gerektirir.⁴⁶ Bir başka ifadeyle, verginin yasallığı ilkesi keyfi uygulamaları önleyecek ilkelere yasada yer alması amacını taşıyarak, bireyin özgürlüklerini devlete karşı koruyan güvenlik sınırlarını çizmektedir.⁴⁷ Belirlilik ilkesi için söylendiği üzere, Anayasanın 73. maddesinin 3. fıkrası ile de vergi mükellefleri bakımından vergisel yükümlülüklerin belirliliği ve öngörülebilirliği ve bu bağlamda vergi mükelleflerinin hukuki güvenliği sağlanmak istenmiştir.⁴⁸

Değnilmesi gereken ilkelere bir diğeri de kuvvetler ayrılığı ilkesi olup bu ilke devlet iktidarının bir parçasını kullanan yasama, yürütme ve yargı organları arasında paylaşılması anlamına gelmektedir.⁴⁹ Anayasa'nın 7. maddesinde yer alan yasama yetkisinin devredilemeyeceğini vurgulayan *“Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.”* biçiminde ifadesini bulan hükmün de bu kapsama dahil edil-

44 Gözler, s.87.

45 Furtun, s. 217.

46 Kaneti, Selim (1986) Vergi Hukuku, İstanbul, Özdem Kardeşler Matbaası, s. 43.

47 Güneş, s. 12.

48 Anayasa Mahkemesi'nin 2014/6192 sayılı başvuru numaralı ve 12.11.2014 tarihli kararı. (21.02.2015 tarih ve 29274 sayılı Resmi Gazete).

49 Özbudun, Ergun (2011) Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 40.

mesi mümkündür. Zira kanun koyucunun vergi kanunlarında bıraktığı boşlukların uygulama yahut içtihat tarafından, hukuk yaratılarak doldurulması halinde yasama yetkisinin göreceli olarak devri gibi ciddi problemler tartışma konusu haline gelmektedir. Oysa vergi hukukunda yargının, daha önce sayılan ilkelerin yanı sıra, kuvvetler ayrılığı ilkesinin de aksine olacak şekilde hukuk yaratmalarına imkan bulunmamaktadır.

Bir ara değerlendirme olarak belirtmekte fayda vardır ki, vergi hukukunda hakimın hukuk yaratması bakımından değerlendirme yapılırken yukarıdaki açıklamalar ışığında anayasal ilkeler göz önünde bulundurulmalıdır. Hukuk düzeninin geliştirilmesine hakimın katkıda bulunması⁵⁰ anlamına gelen hakimın hukuk yaratması, yükümlülerin kendilerine uygulanacak hukuk kurallarını önceden bilememelerine ve bu suretle belirsiz bir ortamın oluşmasına neden olduğunun söylenmesi mümkündür. Bu çerçevede vergi mahkemesi hakiminin kanunda öngörülmemiş olan bir husus hakkında hukuk yaratması yasama yetkisinin devri olarak değerlendirilmesi ihtimal dışı değildir. Bu noktada da güçler ayrılığı ilkesi gündeme gelmektedir ve bu ilke, hakimın yasa koyucuymuş gibi hukuk yaratmasına izin verilemeyeceği savını destekler niteliktedir.

Bu bakımdan belirtmek gerekir ki, kanunun açık olarak kıyasa izin verdiği durumlar ve içini uygulamanın yahut doktrinin doldurması için bırakılan plan içi boşluklar hariç, plana aykırı kanun boşluklarının vergi hukukunda doldurulması ve bu suretle hakim tarafından hukuk yaratılması mümkün değildir. Yukarıda sayılan bütün ilkeler, kümülatif şekilde buna izin vermemektedir. Anayasa'nın 73. maddesi de vergi hukukunda bu şekilde hukuk yaratmayı engelleyen anayasal hüküm olarak tezahür etmektedir. Kıyas yasağı da bunların bir görünümü olmakla birlikte; Vergi Usul Kanunu'nda, Medeni Kanun'un 1. maddesi gibi açık cevaz verici bir hüküm bulunmadığı, aksine anayasal bir ilke olarak kanunilik ilkesinin yer aldığı göz önünde bulundurulursa, hakimın vergi hukukunda orijinal bir kural oluşturmak suretiyle boşluğu doldurması ve en nihayetinde hukuk yaratması söz konusu olmayacaktır. Bu bakımdan, boşlukların yasama süreci içinde doldurulmasından başka yöntem bulunmamaktadır.⁵¹

50 Furtun, s. 26.

51 Çağan, Nami (1980) "Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXXVII, Sayı: 1-4, 129-152. Ayrıca bkz. Oktar, s. 66; Tekbaş, Abdullah (2010) "Vergi Kanunlarının Täbi Olduğu Anayasal İlkeler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Özel Sayı, (Basım Yılı: 2012), 123-191, s. 145.

Bu çerçevede doktrinindeki usule ilişkin kurallarda (genellikle kıyas yoluyla) boşluk doldurmanın mümkün olduğunu savunan görüşlere⁵² de katılmak mümkün değildir. Daha önce de belirtildiği gibi, usul kuralları her ne kadar maddi nitelikteki vergi hukuku kurallarından farklılık arz etse de, en nihayetinde bu kurallar da yükümlülüğe dair olabilmektedir. Hakimin usul kurallarında hukuk yaratmak suretiyle boşluk doldurması, doğrudan bir maddi nitelikte kural ihdas etmek anlamına gelmese de, dolaylı yoldan maddi bir kuralın uygulanışına etki edebilir ve kanunilik ilkesine aykırı olacak sonuçlar doğurabilir niteliktedir. Zira hakimin hukuk yaratması neticesinde mükelleflerin öngöremediği bir kural meydana gelmekte ve bu kural, henüz hakim tarafından yaratılmamışken vuku bulmuş bir olaya uygulanmaktadır. Durumun hukuk güvenliği, belirlilik, öngörülebilirlik ve bu minvalde hukuk devleti ilkelerini ihlal ettiği, aynı zamanda Anayasa'da ifadesini bulan eşitlik ilkesine de apaçık bir aykırılık taşıdığı ortadadır. Medeni Kanun'da olduğu gibi hakimin hukuk yaratmasına apaçık cevaz veren bir hüküm olmaksızın, vergi hukukunda boşluk doldurmanın mümkün olduğunu savunmak hukuka uygun bir çözüm değildir. Bu bakımdan usule ilişkin – maddi nitelikteki vergi normu ayırımı yapılmaksızın, kanunilik ilkesi katı bir şekilde uygulanmalı⁵³, Medeni Kanun'un 1. maddesinde olduğu gibi tartışmaya mahal bırakmayacak şekilde hukuk yaratmaya cevaz veren bir hüküm olmadıkça vergi kanunlarındaki türlü kuralda hakimin hukuk yaratmak suretiyle boşluk dolduramayacağı, var olan boşlukların yalnızca yasama süreci içerisinde doldurulabileceği kabul edilmelidir.

IV. VERGİ HUKUKUNDA HAKİMİN HUKUK YARATMASI SORUNUNUN MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Vergi hukukunda hakimin hukuk yaratması sorununun tüm yönleriyle değerlendirilebilmesi için yukarıda teorik açıdan açıklanan hususların mahkeme kararlarına yansıyan hallerine de bakılması gerekmektedir. Bu sebeple, içtihadın konuya bakışı ve bu hususta verilen kararlar incelenmelidir.

İçtihat incelemesi çerçevesinde altı adet Danıştay kararına yer verilecek-

52 Vergi hukukunda hakimin hukuk yaratmasının –usul hükümleriyle sınırlı olarak- mümkün olduğunu savunan görüşler için bkz. Furtun, s. 321: “(...) *adalet ve bunun gereği olan eşitlik ilkesi nedeniyle vergi yargı organları boşluk doldurma ve hukuk yaratma hususlarında yetkilidir.*” Kızılot, Şükrü & Şenyüz, Doğan & Taş, Metin & Dönmez, Recai (2008) Vergi Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, s. 69 : “*Vergi borcunun doğumu ve sona ermesi dışında kalan usule ilişkin hususlarda hakimin boşluk doldurabileceği kabul edilmelidir.*” Karakoç, s. 176: “(...) *usule ve biçime ilişkin kurallarda boşluk doldurulabilir.*”

53 Bkz. Çomaklı & Ak & Ayrangöl, s. 84: “*hakimin hukuk yaratamaması ilkesi*”.

tir. Bu kararlardan bazıları vergi hukukunda hakimın hukuk yaratması konusuna ilişkin iken bazıları da hakimın hukuk yaratmasına örnek teşkil edebilecek niteliktedir.

Öncelikle vergilerin yasallığı ilkesine ilişkin olarak Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun bir kararı örnek olarak verilebilir.⁵⁴ Öncelikle karara konu somut olayda 1999 yılında yapılan değişiklik ile 193 sayılı Gelir Vergi Kanunu'nun "Vergi Tevkifatı" başlıklı 94. maddesinin birinci fıkrasının 6. bendinin b/ii alt bendinde, dağıtılın dağıtılmasın kurumlar vergisinden müstesna kazanç ve iratların tevkifata tâbi tutulması öngörülmüş ve maddenin sondan bir önceki fıkrasında Bakanlar Kurulu'na, maddede yazılı tevkifat oranlarını sıfıra kadar indirme veya bir katına kadar artırma yetkisi verilmiştir. Bakanlar Kurulu, bu yetkisini kullanarak, maddedeki tevkifat oranlarının tümünü yeniden tespit etmiştir. Ancak; karar oluşturulurken b/ii alt bendine, "yatırım indirimi dahil" ibaresi de eklemiştir. Bakanlar Kurulu kararının bu düzenlemesinin iptali istemiyle açılan davaya bakan Danıştay 4. Dairesi, yatırım indiriminin kurumlar vergisinden müstesna kazanç ve irat sayılamayacağı gerekçesiyle, Bakanlar Kurulu kararının bu hükmünü iptal etmiştir. Gerekçede geçen şu ifadeler önem taşımaktadır:

"Bakanlar Kurulu Kararı ile vergi kanunlarında yer alan hükümlerin değiştirilmesi, kaldırılması veya yeni bir hüküm konulmasının mümkün olmadığı, Bakanlar Kurulu Kararı ile ancak kanunla belirlenen azami ve asgari hadleri aşmamak üzere oran belirlemesi yapılabileceği vurgulanarak, kanunla vergi kapsamına alınmayan bir konu hakkında Bakanlar Kurulu tarafından getirilen bir parantez içi hükmü ile tevkifat oranı belirlenmesinin hukuken mümkün olmadığı (...)

*(...) bütün bu hükümler ve Kanunun lafzı ve sistematiği birlikte incelendiğinde, ne Gelir Vergisi ne de Kurumlar Vergisi Kanunlarında yatırım indirimi nedeniyle tevkifat yapılabileceğine ilişkin açık bir hükmün bulunmaması karşısında vergiden istisna edilmiş bir kazanç ve irat olmadığı anlaşılan yatırım indiriminden faydalanılan tutarın, bu konuda sadece tevkifat oranlarını belirleme yetkisi bulunan Bakanlar Kurulunca, tevkifata tabi tutulması yolunda yapılan düzenlemede Yasa'ya uyarlık görülmemiştir."*⁵⁵

54 Candan, Turgut (2010) "Vergi Hukuku Bağlamında Mülkiyet Hakkının Korunması İle İlgili Danıştay İçtihadı", Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi 3. Yuvarlak Masa Toplantısı Sunumu, 9-11 Haziran 2010, s. 3, http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/rt3/Candan_Vergi_Hukuku_MulkiyetHakki_Danistay.doc, s.e.t. 06.04.2016.

55 Danıştay 4. Daire, E. 1999/5648, K. 2000/1914, T. 03.05.2000.

Görüleceği üzere Danıştay 4. Dairesi, kanunda getirilmeyen bir düzenlemenin Bakanlar Kurulu kararı ile getirilmesi, diğer bir anlamda kanun boşluğunun bu şekilde doldurulmasını hukuka aykırı bulmuştur. İdarenin boşluk doldurmasını kabul etmediği gibi, kendisi de bir yargı organı olarak bu boşluğu dolduracak yönde hukuk yaratma işine girişmemiştir. Ancak bu kararın temiz edilmesi üzerine, Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 01.12.2000 tarih, E. 2000/196 ve K. 2000/409 sayılı kararıyla, anılan kararı bozmuştur.

Bozma kararının gerekçesinde yer alan şu ifadeler ise, VDDGK'nın konuya bakışını önemli ölçüde yansıtmaktadır:

*“Yatırım indiriminin, belli kazanç tutarının vergilendirilmeyerek avantaj niteliğinde olduğu ve bu yönü ile istisnadan bir farkının bulunmadığı, esasen Bakanlar Kurulu kararında ‘yatırım indirimi dahil’ ibaresinin bulunmaması halinde dahi, kurumlar vergisinden müstesna tutulan kazanç ve iratlardan vergi kesintisi yapılması öngörüldüğünden, yatırım indiriminden yararlanarak, kurumlar vergisine tabi tutulmayan kazançlardan stopaj yapılabileceği (...)”*⁵⁶

Görüleceği üzere burada VDDGK, yatırım indirimini kıyas yolu ile istisna kurumuna benzetmiş ve bu şekilde, kanunda istisnalar bakımından söz konusu olan düzenlemenin yatırım indirimi için de uygulanabileceğine kanaat getirmiştir. Bu bakımdan VDDGK, boşluk doldurma biçiminde bir hüküm tesis etmiş gözükmektedir.

Öte yandan Danıştay 3. Dairesi ise, aynı konu ile ilgili olarak Danıştay 4. Dairesi'nin aksi yönünde karar vermiş ve yatırım indiriminin kurum kazancından indirilen kısmının, kurumlar vergisine tâbi olmadığından istisna kazanç olarak tevkifata tabi tutulmasında hukuka aykırılık olmadığına hükmetmiştir.⁵⁷ Farklı yönde Danıştay kararları olması nedeniyle içtihatların birleştirilmesinin istenilmesi üzerine Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, aykırı içtihatları, Danıştay 4. Dairesi'nin kararı -*yatırım indiriminin kurumlar vergisinden müstesna kazanç ve irat sayılamayacağı*- doğrultusunda birleştirmiştir.⁵⁸ Bu karara ilişkin olarak CANDAN, İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun iki türlü saptamadan yola çıktığını belirtmektedir. Buna göre Kurul öncelikle, farklı kanuni düzenlemeler ile öngörülüp nitelikleri itibarıyla de farklı olan bu müesseselerden yatırım indiriminin istisna kavramı içine sokulamayacağını söyleyerek, vergi hukukunda kıyas yoluyla hüküm kurulmasını engellemiştir.

56 Danıştay VDDGK, E. 2000/196, K. 2000/409, T. 01.12.2000.

57 Bkz. Danıştay 3. Daire E. 2002/207, K. 2002/1784, T. 01.05.2002.

58 Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu E. 2002/3, K. 2002/3, T. 19.07.2002.

Ayrıca Bakanlar Kurulu'na Anayasa 73/4'te verilen yetkinin sınırlarının açık olduğunu ve Bakanlar Kurulu'nun (tıpkı somut uyuşmazlıkta olduğu gibi) bu yetkiyi aşacak şekilde karar vermesinin yargı tarafından hukuka uygun görülmesi halinde, boşluk doldurma gündeme gelip yasallık alanının ihlal edileceği minvalinde bir tespit yapılmıştır.⁵⁹

Gerçekten de, özünde Bakanlar Kurulu'nun getirmiş olduğu bir düzenlemeye ilişkin uyuşmazlık varmış gibi görünse de; Danıştay'ın bu hususta vereceği karar, hukuk yaratma niteliğine bürünme riski altındadır. Zira burada, yatırım indirimin kurumlar vergisinden müstesna sayılıp sayılmadığına dair bir düzenleme yoktur, dolayısıyla bir kanun boşluğu söz konusudur. İdarenin bu kanun boşluğunu dolduracak şekilde yaptığı düzenlemenin hukuki denetimi sırasında yargı organının vereceği karar da artık bu boşluğun doldurulup doldurulamayacağına ilişkin olacaktır ve şayet karar, doldurulabileceğine ilişkin ise yargının kendisi de boşluk doldurmak amacıyla hukuk yaratmış olacaktır. Burada içtihadı birleştirme kararı akabinde belirtmek gerekir ki; nihai sonuç, yasallık ilkesinin boşluk doldurmanın önüne geçtiği yönünde olmuştur.

İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun kararı bu şekilde olsa bile, Yüksek Mahkeme'nin, hukuk yaratma kapsamı içine girebilecek yönde birtakım kararları da mevcuttur. Bu minvalde bir örnek, Danıştay 11. Dairesi'nin 28.05.1996 tarih, E. 1996/1514 ve K. 1996/2229 sayılı kararıdır.⁶⁰ 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 17. Maddesinin "4. Diğer İstisnalar" başlığı altında (g) bendinde külçe altın teslimi katma değer vergisinden istisna tutulmuştur. Yüksek Mahkeme kararında, altından üretilen ürünlerin tesliminde katma değer vergisi matrahı hesaplanırken, satış tutarından külçe altın tutarı çıkarılarak bulunan işçilik tutarın esas alınması gerektiği ifade edilmiştir. Bunun yanında mahkeme kararında "altın ürünlerindeki işçilik oranları her biri için farklı olduğundan ve bu tespitler teknik bir bilgiyi gerektirdiğinden bu hususun kuyumcular odasından sorulup, bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna karar verilmesi" gerektiği vurgulanmıştır. Bu çerçevede, kanunda külçe altının tutarının altın ürünlerinden indirilerek işçilik ücretinin tespit edileceği ve matrahın bunun üzerinden hesaplanacağına ilişkin bir ifade bulunmadığından mahkemenin bu yönde bir kural öngörmüş olmasının hakim tarafından hukuk yaratması olarak nitelendirilebilmesi mümkündür.

Yine hukuk yaratmaya örnek teşkil eder nitelikte bir karar olarak Danıştay 4. Dairesi'nin 12.11.1998 tarih, E. 1998/2084 ve K. 1998/4215 sayılı kararı da incelenmelidir.⁶¹ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun re'sen tarhını düzenleyen

59 Candan, s. 3.

60 Bkz. Furtun, s. 306'da bu kararın hukuk yaratma niteliğinde olduğu ifade edilmiştir.

61 Furtun, s. 305.

30. maddesinde “*Vergi beyannamesi kanuni süresi geçtiği halde verilmemişse*” ibaresine yer verilmiş olduğundan, beyanname verilmemiş olması re’sen vergi tarhı yapılmasına sebebiyet vermektedir. Hâl böyle iken, mahkeme sadece beyanname verilmemiş olmasının vergi tarhını gerektirmeyeceğini ifade etmektedir. Bu suretle mahkeme mükellefi korumak adına hukuk yaratmaktadır.

Yasallık ilkesinin ön plana çıkararak, Yüksek Mahkeme’nin, en başta bahsedilen içtihadı birleştirme kararına benzer verdiği kararlar da mevcuttur. Örnek olarak gösterilebilecek ilk karar, şirketin bir kısım akaryakıt istasyonlarının faaliyet gösterdiği taşınmazlar üzerinde intifa hakkı kurulmasından dolayı ödediği bedellerin kıyas yoluyla kiralama bedeli olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkindir. İlk derece mahkemesi “*yasada intifa hakkı bedelinin gayrimenkul sermaye iratları arasında sayılmaması nedeniyle intifa hakkı bedelinin bir nevi kiralama bedeli olarak kabulü gerektiği belirtilerek kıyas yoluyla vergilendirme yapılmasının vergilerin yasallığı ilkesi gereğince hukuka aykırı olduğu*” gerekçesiyle tarh işlemini iptal etmiştir. Temyiz incelemesinden geçmesi için başvurulması üzerine Danıştay 4. Dairesi 08.04.2010 tarih, E. 2009/5053 ve K. 2010/1965 sayılı kararı ile onama yönünde karar vermiştir.

Bir başka örnek verilecek olursa, Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 10.10.2012 tarih, E. 2010/709, K. 2012/366 sayılı kararı konumuz açısından önem teşkil etmektedir. Karara konu olayda, davacının yarım hisseye sahip olduğu arsa üzerinde 15 yıllık bir intifa hakkı tesis edilmiş, bu tesis edilen intifa hakkı karşılığı elde edilen gelirin “*gayrimenkul sermaye iradı*” olarak beyannameye dahil edilmemesi nedeniyle salınan vergi ziyai cezalı gelir vergisi, davaya konu edilmiştir. İlk derece mahkemesi burada, tapuya tescil edilerek kurulan intifa hakkının, sahibine tam yararlanma yetkisi sağladığı; sahibinin gayrimenkulü belirlenen süre içinde kullanma, yönetme ve ondan yararlanma hakkı elde ettiği ve bunun karşılığında malike bir bedel ödediğini belirterek tesis olunan intifa hakkı ve tahsil edilen bedelin kiralama işleminin unsurlarını oluşturduğu ve bu bedelin gayrimenkul sermaye iradı olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur. Karar, Danıştay 3. Dairesi’nce temyiz incelemesi sonucu bozulmuştur. Yerel mahkemenin ısrar etmesi ve bu kararın da davacı tarafından temyizi üzerine uyuşmazlık Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu’na gelmiştir. Genel Kurul temyiz istemini kabul ederek ısrar kararını kaldırmıştır. Bu kararla kurul,

“*Kiralama olarak değerlendirilemeyecek bir intifa hakkı karşılığında alınan bedel Gelir Vergisi Kanunu’nun 70. maddesinde gayrimenkul sermaye iratları arasında sayılmaması; intifa hakkı sahibinin hakkın konusu olan şey başkasına kiralaması gayrimenkul sermaye iradı olarak tanımlanmıştır. Bu durumda*

yasada gayrimenkul sermaye iradı olarak açıkça sayılmayan dava konusu intifa bedelinin, Anayasada öngörülen verginin yasallığı ilkesine aykırı olarak, beyanı gerektiğinden bahisle yapılan tarhiyatta hukuka uygunluk bulunmadığından” ısrar kararını bozmuştur.

Görüleceği üzere bu karar ile kurul, kanunda gayrimenkul sermaye iradı olarak sayılmamasına rağmen, aralarındaki benzerlikten yola çıkarak intifa hakkı tesisini kiralama işlemine benzeten, diğer bir deyişle kıyas yoluna başvuran ve böylece intifa hakkını madde kapsamına sokan ilk derece mahkemesi kararını, bunun yasallık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle bozmuştur.

Danıştay’ın 9. Dairesi’nin elektrik ve havagazı tüketim vergisi ile ilgili bir kararı da konu açısından önem taşımaktadır. Karara konu somut uyuşmazlığın taraflarından biri olan yükümlü şirket doğalgaz satımı yapmaktadır ve 2464 sayılı Belediye Gelirler Kanunu’nun 34. maddesine göre “*Belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde elektrik ve havagazı tüketimi, Elektrik ve Havagazı Tüketim Vergisine tabidir.*” Bu hükümden hareketle vergi dairesi, doğalgazın kullanım gayesi bakımından havagazı ile eş değer olarak nitelendirilmesi gereken bir gaz yakıt olduğu gerekçesiyle re’sen vergi tarh etmiştir. Bu işleme karşı açılan davada ilk derece mahkemesi “*vergi kanunlarında vergi yükümlülüğü yönünden hakkında hüküm bulunmayan hallerde kıyas yoluyla yorumlanarak genişletmeye gidilmesine olanak bulunmadığından*” dava konusu tarh işleminin iptaline hükmetmiştir. Bu kararın temyiz incelemesinden geçmesi için başvuru yapılması üzerine Danıştay 9. Dairesi 22.12.1994 tarih, E. 1994/1108 ve K. 1994/5288 sayılı kararı ile mahkeme kararının uygun olduğuna karar vermiştir.

Danıştay 7. Daire’nin 29.04.2004 tarih, E. 2001/422 ve K. 2004/1177 sayılı kararı da içtihat incelemesi açısından önemlidir. Karara konu olay, yapay maden suyu sodası üreten şirkete, sade gazoz, meyveli gazoz ve meyve suları hariç her türlü alkolsüz içkiden %10 oranında ek vergi alınacağını öngören KDV Kanunu 60/1-d hükmünden hareketle ek vergi salınması şeklinde tezahür etmiştir. Bunun üzerine işleme karşı dava açılmış; yerel mahkeme sodanın 3418 sayılı Eğitim, Gençlik, Spor ve Sağlık Hizmetleri Vergisinin İhdası Hakkında Kanun’un 7. Maddesindeki “her türlü alkolsüz içkiler” tanımı dışında kaldığından bahisle ek vergiye tâbi olmadığı yönünde karar vermiştir. Kararın temyizi üzerine Danıştay 7. Dairesi yukarıda künyesi verilen kararda öncelikle yapay sodanın alkolsüz içki olup olmadığı tartışmasına gitmiştir. Buna göre 98/24 sayılı Türk Gıda Kodeksi Alkolsüz İçecekler Tebliği md 4’teki yapay soda tanımından, bu içeceğin alkolsüz içecek olduğunun anlaşıldığı; dahası, KDVK

60/1-d fıkra hükmünde parantez içinde sayılan ve alkolsüz içki olmasına rağmen ek vergi dışı bırakılan içecekler içinde geçmediğinden bahisle, bu içeceğin ek vergiye tâbi tutulmasının yasa gereği olduğunu hükme bağlamıştır. Danıştay'ın bu kararına göre yerel mahkeme kararı şu gerekçeyle hatalıdır:

“Başka bir vergi kanununda yapılan vergiyi doğuran olay tanımının diğer bir vergi için de geçerli olduğunun kabulü, kıyas yasağı alanına giren genişletici yorumdur.

3418 sayılı Kanun'da öngörülen verginin kapsamı dışında tutulması, sodanın diğer tüm vergiler yönünden de alkolsüz içki tanımı dışında tutulmak istendiğini değil tersine, ancak kanun koyucunun aksi yönde irade açıklaması olmadığı sürece, vergi kanunlarının uygulanması bakımından, bu tanım dışına çıkılamayacağını gösterir.”

Görüleceği üzere Danıştay burada, KDVK'da ek vergiden müstesna tutulan içecekler arasında sayılmayan yapay sodanın, bir başka vergi kanunundaki tanımdan yola çıkılarak istisna kapsamına alınamayacağını; aksinin kıyas yasağına aykırılık teşkil edeceğine dikkat çekmektedir.

İncelenmek istenen son karar ise Danıştay 7. Daire'nin 12.11.2008 tarih, E. 2006/1848, K. 2008/4567 sayılı kararıdır. ÖTV Kanunu 1/b bendi uyarınca, kanuna ekli (II) no'lu listedeki mallardan kayıt ve tescile tâbi olanlar için, motorlu araç ticareti yapanlar ÖTV mükellefi olarak sayılmış ve bunların kimlerden teşekkül ettiği 2/2-d bendinde gösterilmiştir. 7/2 fıkra hükmünde ise, (II) no'lu listedeki mallardan aracı sakatlığa uygun hareket ettirici özel tertibatı bulunanların, malul ve sakatlar tarafından, beş yılda bir defaya mahsus olmak üzere bizzat kullanılmak üzere ilk iktisabı için ÖTV alınmayacağı öngörülmüştür. Karara konu olayda, yoklama ile aracında özel tertibat bulunmadığı tespit edilen şahıs için, aracı bizzat kullanmadığı ve dolayısıyla istisna için öngörülen şartları kaybettiğinden, bu bakımdan ilk iktisabında istisna uygulanan malların, “istisnadan yararlananlar dışındakiler”ce iktisabı halinde ÖTV alınacağına yönelik ÖTVK 15/2-a hükmünden bahisle ÖTV salınmış; bunun üzerine olay yargı mercii önüne taşınmıştır. Yerel mahkeme ve bu mahkemenin verdiği kararın temyizi üzerine karar veren Danıştay, işlemde hukuka aykırılık olduğu yönünde karar vermiştir. Danıştay'a göre 15/2-a bendindeki “istisnadan yararlananlar dışındakiler” ifadesinin, istisnadan yararlanma koşullarının başka şekillerde yitirilmesi halini de kapsayacak şekilde değerlendirilmesi kıyas yasağı ilkesi gereği olanaklı değildir.

SONUÇ

Bu çalışmanın konusunu oluşturan vergi hukukunda hakimin hukuk yaratması konusu incelenirken kavramların medeni hukuk kavramları olması sebebiyle *-zorunlu olarak-* bu çerçevede açıklamalar ile başlanılmış olup bu açıklamalardan hareketle vergi hukuku ekseninde değerlendirme yapılması yolu tercih edilmiştir ve hukuk yaratma hususuna vergi hukukuna hakim olana anayasal ilkeler çerçevesinden bakılmaya çalışılmıştır. Ardından vergi hukukunda hakimin hukuk yaratması konusu bu konuya ilişkin mahkeme kararları ile örneklendirilmiştir.

Tüm bu açıklamalar ışığında bakıldığında, açıklanan yöntemlerin izlenmesinin ardından boşluk bulunduğunun saptanması halinde boşlukların doldurulması suretiyle hukuk yaratma sorunu gündeme gelmektedir. Vergi hukuku özelinde bu soruna baktığımızda vergilerin yasallığı, belirlilik, öngörülebilirlik, yasama yetkisinin devredilemezliği ilkelerini belirleyici nitelik taşıdığı ve bu ilkeler çerçevesinde vergi hukukunda hakimin hukuk yaratmasının mümkün olmadığı düşünülmektedir. Her ne kadar hukuk yaratma kapsamına dahil edilecek şekilde yorumlanabilecek yargı kararları olsa da, Danıştay'ın da bizzat yasallık ilkesi ile birlikte çalışmada sayılan anayasal ilkelere atıfta bulunarak hukuk yaratmanın önüne geçtiği kararlar mevcuttur.

Duruma kıyas yöntemi açısından bakıldığında ise her ne kadar aksi yönde görüşler ve yargı kararları mevcut olsa da vergi hukukunda kıyasın hem mükellef lehine hem mükellef aleyhine yasak olduğu görüşünün kabul edilmesi gerekmektedir. Şöyle ki; mükellef aleyhine kıyasın yasak olması mükellefin haklarının korunmasını sağlama gayesinden kaynaklanmakta olup mükellef lehine kıyasın yasak olması ise kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için ihtiyaç duyulan kaynakların azalmasını engellemek amaçlıdır.

Vergi hukukunda usule ilişkin yahut maddi nitelikte norm olup olmadığına bakılmaksızın ve bu şekilde bir ayırım yapılmaksızın, tıpkı Anayasa'nın 73. maddesinde açıkça belirtildiği gibi yasallık ilkesine uyulması lazım gelmektedir. Anayasadaki bu ilke nedeniyle, hukuk yaratma ve boşluk doldurma konularında, ne vergi normu farklılaşmasına gitmek ne de mükellef lehine yapılması gerektiği gerekçesine başvurmak mümkün görünmektedir. 73/1 hükmü, VUK 3. madde ile birlikte değerlendirildiğinde sonuç açıktır ve vergi hukukunda en fazla, kıyas sınırına kadar genişletici yorum yapma imkanı bulunmaktadır. Bunun ötesindeki düşünceler yasallık ilkesine ve bir görünümü niteliğindeki kıyas yasağına takılacak; hukuk yaratmak suretiyle boşluk doldurma faaliyetleri de hukuka aykırı hale gelecektir.

KAYNAKÇA

Akkaya, Mustafa (2002) Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları.

Birsenoğul, Hakan (2003) “Vergi Hukukunda Kıyas Yasağı Yoluyla Hukuk Güvenliği Mi?”, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 3-4, 157-169.

Candan, Turgut (2010) “Vergi Hukuku Bağlamında Mülkiyet Hakkının Korunması İle İlgili Danıştay İçtihadı”, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi 3. Yuvarlak Masa Toplantısı Sunumu, 9-11 Haziran 2010, http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/rt3/Candan_VergiHukuku_MulkiyetHakki_Danistay.doc, (s.e.t. 06.06.2016)

Çağan, Nami (1980) “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXXVII, Sayı: 1-4, 129-152.

Çilingir, Ali İhsan Özgür (2012) Vergi Hukukunda Yorum, Ankara, Adalet Yayınları.

Çomaklı, Şafak & Ak, Ahmet & Ayrangöl, Zülküf (2014) Vergi Hukuku Genel İlkeler ve Esaslar, Ankara, Savaş Yayınları.

Edis, Seyfullah (1993) Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Baskıdan Tıpkı Basım, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.

Furtun, İdris Hakan (2009) Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri, Ankara, Yetkin Yayınları.

Gözler, Kemal (2012), Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 12. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım.

Güneş, Gülsen (2008), Verginin Yasallığı İlkesi, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Hayrullahoğlu, Betül (2012) “Türk Vergi Yargısında Kıyas Yasağı İlkesi” (Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, sy. 128.

Hess, Dieter (1974) “Analogieverbot und Steuerrecht: ein methodologischer und rechtlicher Beitrag zu den Grenzen der Lückenausfüllung im Steuerrecht dargestellt am Beispiel der Analogie”, Diss. Iur., Köln.

Kaneti, Selim (1986) Vergi Hukuku, İstanbul, Özdem Kardeşler Matbaası.

Kaneti, Selim (1991) “Vergi Usul Kanunu’ndaki Boşlukların Yargı Tarafından Doldurulması”, Vergi Dünyası, Sayı: 123, 35-48.

Karakoç, Yusuf (2007) Genel Vergi Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Kırca, Çiğdem (2001) “Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlandırma”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 50, Sayı: 1, 91-119.

Kızılot, Şükrü & Şenyüz, Doğan & Taş, Metin & Dönmez, Recai (2008) Vergi Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık.

Kumrulu, Ahmet (1989) “Uzlaşmaya İlişkin Bir İçtihatları Birleştirme Kararının Işığında Vergi Hukukunda Teori, Uygulama ve Öğretim”, Danıştay Dergisi, Sayı: 72-73, 8-26.

Oktar, Ateş (2008) Vergi Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Türkmen Kitabevi.

Öncel, Mualla & Kumrulu, Ahmet & Çağan, Nami (2015), Vergi Hukuku, 22. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Özbudun, Ergun (2011) Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Saygılıoğlu, Nevzat (1986) “Vergi Hukukunda Yorum” (Doktora Tezi), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü .

Şenyüz, Doğan & Yüce, Mehmet & Gerçek, Adnan (2011) Vergi Hukuku, 2. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları.

Tekbaş, Abdullah (2010) “Vergi Kanunlarının Tâbi Olduğu Anayasal İlkeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Özel Sayı, (Basım Yılı: 2012), 123-191, s. 145.

Tipke, Klaus (1993) Die Steuerrechtsordnung, Band. III, 2. Aufl, Köln, Otto Schmidt.

Uluatam, Özhan & Methibay, Yaşar (1999) Vergi Hukuku, Değişik 3. Baskı, Ankara, İmaj Yayıncılık.

Yavaşlar Başaran, Funda (2010) “Uzlaşma Uygulaması Hukuka Uygun Mu?”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 257, 163-171

TÜRK CEZA KANUNUNDA ETKİN PİŞMANLIK

Arş. Gör. Ensar BAKİ*

ÖZET

Etkin pişmanlık kurumu; 765 sayılı kanun ve 5237 sayılı kanun döneminde farklı biçimde düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık kurumu eski kanun döneminde de olduğu üzere kanunun özel hükümler kısmında belirli suç tiplerine ilişkin olarak münhasıran düzenlenmişse de; 5237 sayılı kanunda suçun tamamlanmasından sonraki aşamaya ilişkin bir nitelik kazanmıştır. Bu çalışmada etkin pişmanlık kurumunun 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunundaki düzenlemeleri mukayeseli olarak incelenecek ve etkin pişmanlık kurumunun unsurları ve ilgili ceza kanunu kurumlarıyla ilişkisi ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler : Etkin Pişmanlık, Pişmanlık, Türk Ceza Hukuku, Gönüllü Vazgeçme, Suça Teşebbüs

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

ACTIVE REPENTANCE IN TURKISH CRIMINAL CODE

ABSTRACT

The arrangements on active repentance in former Turkish Penal Code (Code No. 765) and current Turkish Penal Code (Code No. 5237) is different than each other. Even though active repentance is arranged exclusive to certain crime types in Special Provisions of Penal Code like the former code, now it (active repentance) is about the stage after completion of crime. In this article, arrangements on active repentance in both Penal Codes will be examined comparatively. Also components of active repentance and its relations with relevant institutions of penal law will be discussed.

Key Words : Active Repentance, Repentance, Turkish Penal Law, Voluntary Abandonment, Criminal Attempt

GİRİŞ

Doktrinde ve uygulamada faal nedamet, aktif pişmanlık, eylemli pişmanlık gibi adlandırmalara da sahip olan etkin pişmanlık kurumu; 765 sayılı kanun ve 5237 sayılı kanun döneminde farklı biçimde düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK ile öngörülen düzenleme ile gönüllü vazgeçme kurumunun kapsamı; 765 sayılı kanun döneminde etkin pişmanlık kurumu içinde değerlendirilen; failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra kendi çabasıyla neticenin gerçekleştirilmesinin önlenmesi halini de kapsayıcı bir biçimde düzenlenmiştir. TCK m. 36 uyarınca, “*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suçta ait ceza ile cezalandırılır.*”

Böylelikle 5237 sayılı kanun ile etkin pişmanlık kurumu; sadece suçun tamamlanmasından sonraki aşamaya ilişkin bir nitelik kazanmış ve eski kanun döneminde de olduğu üzere kanunun özel hükümler kısmında belirli suç tiplerine ilişkin olarak münhasıran düzenlenmiştir.

Kanunda etkin pişmanlık olarak adlandırılan hükümlerden kimileri failin cezalandırılmamasını doğrudan doğruya emretmekteyken, kimi etkin pişmanlık hükümleri faile verilecek cezada indirim yapılmasını öngörmektedir.

Çalışmamızda etkin pişmanlık kurumunun tanımı, 765 sayılı ve 5237 sayılı kanun dönemindeki uygulamasını ve mahiyetini mukayeseli olarak inceledikten sonra etkin pişmanlığın unsurlarını ve bazı ceza hukuku kavramlarıyla ilişkisi değerlendirilecektir.

Çalışmamızın sonuç bölümünde ise, incelediğimiz hususlar bağlamında ulaştığımız sonuçlara ilişkin tespit ve değerlendirmelere yer verilecektir.

I. KAVRAM VE TARİHSEL GELİŞİM

A. TANIM

Türk Dil Kurumu'nun büyük Türkçe sözlüğüne göre etkin¹; “*Hareketli, işleyen, çalışan, etkili, faal, aktif, dinamik, Fiilde bulunan, etkinlik gösteren, edilgin karşıtı.*”, pişmanlık² ise; “*pişman olma durumu, nedamet*” biçiminde tanımlanmıştır.

1 Büyük Türkçe Sözlük www.tdk.gov.tr, s.e.t 28.04.2016.

2 Büyük Türkçe Sözlük www.tdk.gov.tr, s.e.t 28.04.2016.

Faal nedamet³, eylemli pişmanlık⁴, aktif pişmanlık gibi adlandırmaları da olan etkin pişmanlık kavramının tanımına ilişkin olarak doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.

HAFIZOĞULLARI/ÖZEN'E göre icra hareketlerini tamamlayan ve kararını değiştirmesi mümkün olmayan failin sadece neticenin gerçekleşmesini önlemeye çabalamasına eylemli pişmanlık adı verilir.⁵

DÖNMEZER/ERMAN'a göre faal nedamet; icra hareketlerinin bitmesinden sonra failin neticenin gerçekleşmesini kendi ihtiyarında olan sebeplerle engellemesi anlamına gelmektedir.⁶

BAYRAKTAR'a göre failin kendi hareketleriyle icra hareketlerinin gerçekleşmesinden sonra neticenin meydana gelmesini engellemesine faal nedamet adı verilir.⁷

ÖNDER'E göre; failin icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra neticenin meydana gelmesini önlemesi faal nedamet olarak adlandırılır.⁸

TOROSLU'ya göre etkin pişmanlık; suçun tamamlanmasından sonra ortaya çıkan ve suçun zararlı veya tehlikeli etkilerini ortadan kaldırmak veya hafifletmek için aktif bir çaba içine girmesiyle cezayı azaltan veya azaltan bir kurumdur.⁹

ERRA'ya göre, failin neticeye kendiliğinden engel olması nedeniyle teşebbüsten dolayı cezalandırılmasını ortadan kaldırmaya da teşebbüs için öngörülen cezanın hafifletilmesi sonucunu doğuran hipoteze faal nedamet denir.¹⁰

KOCA/ÜZÜLMEZ'e göreyse etkin pişmanlık; failin suçun tamamlanmasından sonra neticeyi telafi etmeye yönelik davranışları olup, gönüllü vaz-

3 Dönmezer, Sulhi & Erman, Sahir (1997) *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Genel Kısım, Cilt I, İstanbul, Beta Yayınları, s. 443.

4 Hafizoğulları, Zeki & Özen Muharrem (2012) *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Basım, Ankara, Us-A Yayıncılık, s. 344.

5 Hafizoğulları & Özen (2012) s. 344.

6 Dönmezer & Erman (1997) s. 451.

7 Bayraktar, Köksal (1967) 'Faal Nedamet' İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), C: 33, S: 3-4, s.122.

8 Önder, Ayhan (1992) *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 406.

9 Toroslu, Nevzat (2014) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 20. Bası, Ankara, Savaş Yayınevi, s. 292.

10 Carlo, Erra (1937) 'La Desistenza Volontaria Neî Tentativo' *Annali Di Diritto E Procedura Penale*, s. 760-770 (Çeviren: Erman, Sahir (1945) 'Teşebbüste İhtiyarile Vazgeçme' İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 10, S: 3-4, s. 681.

geçmenin tamamlanmış suçlardaki görünümüdür.¹¹

ÖZGENÇ'e göre etkin pişmanlık; suçun icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra failin neticenin meydana gelmesini önlemesi anlamına gelir.¹²

HAKERİ'ye göre; Suçun bütün unsurlarıyla tamamlanmasından sonra failin pişmanlık gösteren bir takım hareketlerde bulunması sebebiyle faile ceza verilmemesini ya da verilecek cezada indirim yapılmasını sağlayan kuruma etkin pişmanlık adı verilir.¹³

BAKICI'ya göre, etkin pişmanlık; suçun tüm unsurlarıyla tamamlanmasından sonra failin pişmanlık duyarak oluşan zarar ve tehlikeyi en aza indirmek için çalışmasıdır.¹⁴

ÖZEL'e göre etkin pişmanlık; kişinin yaptığı kötü bir işten, işlediği hoş karşılanmayan bir fiilinden dolayı hiçbir zorlama ve baskı olmaksızın kendiliğinden pişman olması ve bu pişmanlığını iç âleminde muhafaza etmekle yetinmeyip dış âleme bazı hareketleriyle yansıtmasıdır.¹⁵

YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ'a göre; etkin pişmanlık; failin suçun tamamlanmasından sonra pişmanlık duyarak suçun hukuka aykırılığını ya da suçun zararlı neticelerini ortadan kaldırması ya da bunları gidermesidir.¹⁶

Etkin pişmanlığın tanımına ilişkin olarak doktrinde tanım birliğinin bulunmaması ve etkin pişmanlığın farklı şekillerde anlamlandırılmasının sebebi esas itibarıyla, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun etkin pişmanlık kurumuna ilişkin düzenlemeleri arasındaki farklılığa dayanmaktadır. Bu sebeple ilkin iki kanun döneminde etkin pişmanlık kumrunun esasına ilişkin önem arz eden suç yolu kavramını kısaca inceleyecek ardından da bu inceleme ışığında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu arasındaki farklılıkları ele alacağız.

11 Koca, Mahmut & Üzülmez, İlhan (2012) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 385.

12 Özgenç, İzzet (2014) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), 10. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 476.

13 Hakeri, Hakan (2014) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 499,500.

14 Bakıcı, Sedat (2008) 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, s.819.

15 Özel, Cevat: 'Türk Ceza Kanunu'nda ve Bankacılık Kanunu'nda Etkin Pişmanlık', http://www.turkhukuksitesi.com/makale_430.htm, s.e.t 28.04.2016.

16 Yaşar, Osman & Gökcan, Hasan Tahsin & Artuç Mustafa (2014) Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:I, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 1100.

B. SUÇ YOLU (İTER CRİMİNİS) ve SUÇUN TAMAMLANMASI SÜRECİ

Dinamik açıdan ele alındığında suç; birden bire ortaya çıkmayıp zaman içinde birbirini izleyen farklı evrelerden geçerek meydana gelmektedir.¹⁷ Suçun meydana gelene kadar geçirdiği evrelerin tümüne birden *suç yolu (iter criminis)* adı verilmektedir.¹⁸

Suç yolunun evrelerinin gerek sayısı gerekse de tasnifi bakımından doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; geniş anlamda suç yolunun suçun icrası ve suçun tamamlanması olmak üzere iki temel evreye sahip olduğunu belirtmektedir.

Suç yolunun üç evreden oluştuğunu savunan yazarlardan EREM, bu evrelerin düşünce, karar ve icra evrelerinden oluştuğunu¹⁹ ifade ederken; TOROSLU; suç yolunu düşünce, icra, tamamlanma ve son bulma biçiminde dört evreye²⁰ ayırmaktadır. Suç yolunu dört evreye ayıran HAKERİ ise bu evreleri suç işleme kararı, hazırlık hareketleri, icra hareketleri ve netice, evrelerinden oluştuğunu belirtmektedir.²¹

İnceleme konumuz bakımından taşıdığı önem dolayısıyla önemli olan suçun tamamlanma ve son bulma aşamalarının farklılığını da içeren dört aşamalı ayırım uyarınca suç yolunu; düşünce, icra, tamamlanma ve son bulma olmak üzere dört evre bakımından ele alan görüşü benimsemektedir.

Suçun tamamlanma anı; neticeli suçlar ve sırf hareket suçları bakımından değişiklik arz etmektedir.

Belli bir neticenin gerçekleşmesi aranmadan yalnızca belli bir hareketin yapılmasıyla tamamlanan suçlara “neticesiz suçlar veya “salt hareket suçları” yahut “şekli suçlar”, bir hareketin belli bir neticeyi meydana getirmesiyle tamamlanan suçlara ise “neticeli suçlar” veya “maddi suçlar” denmektedir.²²

Suçların neticeli suç ve salt hareket suçu biçiminde ayırma tabi tutulması; özellikle teşebbüsle ilişkili olarak suçların tamamlanması anını tespit, suça iştirak, suçun işlendiği yer ve zamanı belirlemek, vs. bakımından olduğu kadar, inceleme konumuzu oluşturan etkin pişmanlık kurumunun uygulanması

17 Hafizoğulları & Özen (2012), s.327.

18 Toroslu (2014), s. 271, 272.

19 Erem, Faruk (1973) Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, C:I, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 315.

20 Toroslu (2014), s. 292.

21 Hakeri (2014), s. 461,462.

22 Hafizoğulları & Özen (2012), s. 202.

bakımından da önem taşımaktadır.

Salt hareket suçlarında suç, belli bir icra veya ihmal hareketinin yapıldığı anda tamamlanırken (TCK. m. 102, 103, 106,125, vs.) neticeli suçlarda suç, belli bir neticenin doğduğu anda tamamlanmış olur (TCK. m.81, 86, 99, vs.).²³

Çalışmamız bakımından önemli taşıyan iki evre olan suçun tamamlanması ile suçun son bulması birbirinden farklı kavramlar olup, tamamlanmış her suçun aynı zamanda sona ermiş olması şart değildir. Diğer bir ifadeyle; suçun tamamlanması ile suçun son bulması çakışabileceği gibi suçun tamamlanması ve son bulmasının aynı anda gerçekleşmemesi de mümkündür.²⁴

Suçun tamamlanması bir suçun ortaya çıkması için kanunda belirtilen unsurların olgunlaşması anlamına gelirken, suçun sona ermesi ise suç olarak düzenlenen hukuka aykırı fiilin tamamen son bulmasını ifade eder.²⁵ Diğer bir ifadeyle; suçun tamamlanması suçun gerçekleştiği, var olduğu anı, suçun sona ermesi ise suçun son bulduğu, “*iter criminis*”in kapandığı anı ifade eder.²⁶

Bu ayrımın önemi kendisini mütemadi suç ve ani suç ayrımında ve zincirleme suçta göstermektedir. Kesintisiz (mütemadi) suçlarda suç, temadinin bittiği veya kesildiği anda; zincirleme (müteselsil) suçlarda ise, teselsülün bittiği anda tamamlanır (TCK. m. 66/6).²⁷

II. 765 SAYILI KANUN VE 5237 SAYILI KANUN DÖNEMİNDEKİ ETKİN PİŞMANLIK KURUMUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. 765 SAYILI KANUN DÖNEMİ

12.10.2004 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, ceza hukukunun birçok yerleşik kurumu gibi etkin pişmanlık kurumu bakımından da 765 sayılı kanun dönemine nispeten önemli değişiklikler getirmiştir. 5237 sayılı kanun ile etkin pişmanlık kurumu ve etkin pişmanlık kurumuyla yakından ilişkili olan teşebbüs ve gönüllü vazgeçme kurumları arasında önemli farklılıklar mevcuttur. Çalışmamızın başlangıcında yer verdiğimiz etkin pişmanlık kurumunun

23 Hafizoğulları & Özen (2012), s. 327.

24 Sancar, Türkan Yalçın & Köprülü, Timuçin (2014) Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, 1. Baskı, Ankara, Savaş Kitabevi, s.348.

25 Ersoy, Yüksel (2002) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Ankara, İmaj Yayınları, s.116

26 Toroslu (2014), s. 271,272.

27 Hafizoğulları & Özen (2012), s. 327.

doktrindeki tanımlamalarına ilişkin farklılıklar da bu yapısal değişimin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

765 sayılı kanun döneminde etkin pişmanlık kurumu; faal nedamet biçiminde adlandırılmaktaydı. Türk Dil Kurumu'nun büyük Türkçe sözlüğüne göre faal²⁸ ; “*çok çalışın, çalışkan, canlı, hareketli, aktif durumda olan, etkin*”; nedamet²⁹ ise “*pişmanlık*” anlamına gelmektedir. Bu anlamda faal nedamet kavramı sözlük anlamı olarak etkin pişmanlık ile aynı anlama gelse de içerikleri bakımından birbirinden farklıdır.

Etkin pişmanlık kurumunun 765 sayılı kanun ile 5237 sayılı kanun döneminde farklı şekilde anlamlandırılması, etkin pişmanlık kavramıyla yakın ilişki içinde bulunan teşebbüs ve gönüllü vazgeçme kavramları bakımından her iki kanun döneminde farklı düzenlemelerde bulunulmasıyla ilgilidir.

Suçun tamamlanmasının failin elinde olmayan nedenlerle gerçekleşmemesi iki biçimde ortaya çıkar. Bunlardan ilki failin icra hareketlerini tamamlayamaması, ikincisi ise icra hareketlerinin tamamlanmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesidir. bu durumlardan ilki eksik teşebbüs, ikinci durum ise tam teşebbüs olarak adlandırılmakta olup,³⁰ 765 sayılı Kanun döneminde de bu ikili ayırım kabul edilmişti.³¹

Failin bir suça teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmesi için suç işleme kastını ortaya koymasının yanı sıra fail icra hareketlerini gerçekleştirmeye başlamış olmalıdır.³² Diğer bir ifadeyle hazırlık hareketlerinin dışında, kastedilen suçu gerçekleştirebilecek nitelikte hareketlerin varlığı halinde teşebbüs sözkonusu olabilir.³³

Suçun tamamlanmasının failin hareketleriyle engellenmesi de eksik teşebbüs tam teşebbüs ayırımına paralel bir nitelik taşımaktadır. Buna göre; failin icra hareketlerinden vazgeçerek “*iter criminis*”e son vermesiyle ya da icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra neticenin gerçekleşmesinin engellenmesi olmak üzere iki biçimde ortaya çıkar.

765 sayılı kanun döneminde icra hareketlerinin devamı sırasında failin

28 Büyük Türkçe Sözlük: www.tdk.gov.tr, s.e.t 28.04.2016.

29 Büyük Türkçe Sözlük: www.tdk.gov.tr s.e.t 28.04.2016.

30 Ashworth, Andrew (2003) Principles Of Criminal Law; Fourth Edit., Oxford, Oxford University Press, s. 446.

31 Hafızoğulları & Özen (2012), s. 330.

32 Cross, Rupert & Jones, Asterley (1959) An Introduction To Criminal Law, Fourth Edition, London, Butterworths, s.108.

33 Elliott, Catherine & Quinn, Frances (2012) Criminal Law, Ninth Edition, Edinburg, Pearson, s. 204.

kendi iradesiyle suç yolundan dönmesi “gönüllü vazgeçme (ihtiyariyle vazgeçme)”, icra hareketlerinin bitmesinden sonra neticenin gerçekleşmesinin önlenmesi de “faal nedamet” olarak adlandırılmaktaydı.³⁴

Bu bağlamda; 765 sayılı kanun döneminde; eksik teşebbüsün söz konusu olduğu hallerde failin iradi olarak harekete geçerek icranın bitmesine engel olması durumunda gönüllü vazgeçme, tam teşebbüs durumunda failin neticenin ortaya çıkmasını engellemesi durumunda ise etkin pişmanlık söz konusu idi.³⁵

Diğer bir ifadeyle; 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda gönüllü vazgeçme kurumu; failin icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesi ile sınırlı olarak düzenlenmiş; failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra kendi çabasıyla neticenin gerçekleştirilmesinin önlenmesi ve suçun tamamlanması sonrasında gerçekleşen özel pişmanlık halleri doktrinde etkin pişmanlık (faal nedamet) olarak adlandırılmaktaydı.³⁶ Etkin pişmanlık hallerinden biri olan; suçun tamamlanması sonrasında gerçekleşen özel pişmanlık halleri ise suç sonrası pişmanlık halleri olarak adlandırılmaktaydı. Etkin pişmanlık hali TCK’da genel biçimde düzenlenmediği için fail hakkında tam teşebbüse ait veya tamamlanmış suça ilişkin cezaların verilmesi gerekmekteydi.³⁷

765 sayılı ceza kanunu döneminde etkin pişmanlık kurumu kanunda genel hükümler kısmında düzenlenmemiştir. Doktrinde faal nedamet, dar anlamda ve geniş anlamda ele alınmakta idi. Bu anlamda; dar anlamda faal nedamet icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra fakat neticesinin gerçekleşmesinden, diğer bir ifadeyle suçun tamamlanmasından önceki nedameti, geniş anlamda faal nedamet ise; hem suçun tamamlanmasından önce hem de suçun tamamlanmasından sonra gösterilen nedameti ifade etmekteydi.³⁸ Geniş anlamda faal nedamet, suçun tamamlanmasından sonraki biçimi; suç sonrası pişmanlık (suç sonrası nedamet) olarak ifade olunmaktaydı.

765 sayılı kanun döneminde eksik teşebbüs aşamasındaki vazgeçme durumunda faile teşebbüsten dolayı ceza verilmeyeceği açıkça öngörülmüştü. Bu durum 765 s. k. m. 61/2 uyarınca; “*Müteşebbis, cürmün e’ali icrayesinden ihtiyariyle vazgeçtiği, fakat tamam olan kısım esasen bir suç teşkil ettiği halde ancak o kısma mahsus ceza ile cezalandırılır.*” Hükmüyle ortaya konulmuştu. Bununla

34 Bayraktar (1967), s.122-123.

35 Dönmezer & Erman (1997), s. 443.

36 Centel, Nur & Zafer, Hamide & Çakmut, Özlem (2014) Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Basım, İstanbul, Beta, s. 465.

37 Dönmezer, Sulhi (2003) Ceza Hukuku Genel Dersleri, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, s. 129.

38 Bayraktar (1967), s. 126, Soyaslan, Doğan (1994) Teşebbüs Suçu, Ankara, Kazancı Yayınları, s. 145.

beraber, 765 sayılı kanun döneminde, icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra neticenin gerçekleşmesini engelleyen fail bakımından herhangi bir hükme yer verilmemişti.

Suç sonrası pişmanlık durumuna ilişkin olarak ise; bazı suçlar bakımından kanunun özel hükümler kısmında bir takım düzenlemelere yer verilmişti.³⁹

Öğretideki genel kabul; suç öncesi faal nedamet durumunda failin tam teşebbüsten dolayı cezalandırması ancak faile uygulanacak olan cezada 765 sayılı TCK m. 59 uyarınca indirim yapılması yönündeydi.⁴⁰

Farklı görüşteki BAYRAKTAR ise; failin teşebbüsten sorumlu tutulabilmesi için, “*elinde olmayan sebeplerle*” icra hareketlerini bitirememiş veya neticeyi gerçekleştirilememiş olması gerektiğinden, bu unsurun yokluğunun, cezalandırılabilir bir teşebbüsün ortaya çıkmasına da engel olduğunu, bu sebeple 765 sayılı kanun m. 61/2’nin, kıyasen tam teşebbüs aşamasındaki vazgeçmeye de uygulanması gerektiğini savunmaktaydı.⁴¹

Genel kabul gören görüşe göreyse; kanun koyucunun failin teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacağı şeklindeki düzenlemeyi sadece eksik teşeb-

39 Örneğin; kız ve kadın ve erkek kadın kaçırmak suçlarına ilişkin olarak 765 s.k m. 432 uyarınca; “*yukarıdaki maddelerde yazılı cürümlerden birinin faili, kaçırdığı veya alıkoyduğu kimseyi hiçbir şehvi harekette bulunmaksızın kendiliğinden, kaçırıldığı eve veya ailesinin evine iade eder yahut ailesi tarafından alınması mümkün olan emniyetli diğer bir yere getirip serbest bırakırsa 429 uncu maddede yazılı halde bir aydan bir seneye kadar, 430 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı halde altı aydan üç seneye, ikinci fıkrasında yazılı halde bir aydan altı aya kadar, 431 inci maddede yazılı halde bir seneden beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.*” Mal aleyhinde işlenen cürümlere ilişkin 523. madde uyarınca ise “*bu babın birinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fasıllarında ve 516 ncı maddenin birinci fıkrasında ve 518 ve 519 ve 521 inci maddelerinde beyan olunan cürümlerden birini işleyen kimse kendi hakkında bir güne takibat icrasına başlanmadan evvel aldığı iade eylerse yahut işlenen fiilin mahiyetine ve sair ahvale nazaran red ve iade kabil olmadığı takdirde mutazarrının zararını tamamen tazmin ederse göreceği ceza üçte birden üçte ikiye kadar indirilir.eğer bu red ve iade veya tazmin hususi takibat esnasında fakat işin mahkemeye verilmesinden evvel vukubulursa failin göreceği ceza altıda birden üçte bire kadar indirilir.” 765 s.k madde 170 ile ise cezanın tamamen ortadan kaldıran bir etkin pişmanlık hükmüne yer verilmişti. Buna göre; “*Hükümet tarafından ihtar vukuundan evvel veya vukuunu müteakip cemiyeti ve çeteyi dağıtanlar veya bunun teşekkülünden gaye olan cürmün işlenmesini men edenler keza cemiyet ve çetenin teşekkülüne iştirak etmemiş veya bunlar üzerinde bir kumandayı haiz olmamış olmakla beraber hükümet memurlarının veya zabıta kuvvetlerinin ihtarından evvel veya onu müteakip cemiyet ve çeteden mukavemet göstermeksizin çekilerek silahlarını terk ve teslim edenler veya taharriyata başlandıktan sonra töhmette şeriki olanları tevkiif ettirmek esbabını istihsal edenler hakkında ceza verilmez.*”*

40 Hafizoğulları & Özen (2012), s. 343.

41 Bayraktar (1967), s. 152 vd.

büs aşaması için yapmış olması bilinçli bir seçim niteliğinde görülmeli ve 765 sayılı TCK m. 61/2'deki düzenleme kıyas yoluyla tam teşebbüs aşamasındaki vazgeçme hâlinde uygulanmamalıydı.⁴² Bu görüşe göre; böyle bir uygulamanın kıyas yoluyla yapılması için kanunda mutlaka açık bir hüküm bulunması gerekmektedir.⁴³

B. 5237 SAYILI KANUN DÖNEMİ

5237 sayılı ceza kanunu; etkin pişmanlık kurumunun yanı sıra etkin pişmanlık kurumuyla yakından ilintili olan teşebbüs ve gönüllü vazgeçme kurumlarına ilişkin olarak köklü değişiklikler getirmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu eksik teşebbüs tam teşebbüs ayrımını ortadan kaldırmıştır. Kanunun gerekçesinde bu düzenlemenin sebebi; “eksik teşebbüs” – “tam teşebbüs” ayrımında her olaya uygulanabilen ve duraksamaya yer bırakmayan objektif bir ölçütün bulunamaması, bu nedenle suçun tamamlanamadığı durumlarda ceza miktarı belirlenirken, yapılan hareketin ulaştığı gerçekleşme aşamasından ziyade, fiilin doğurduğu zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınmasının gerekli olması şeklinde ifade edilmiştir.⁴⁴

Eksik teşebbüs tam teşebbüs ayrımına 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer verilmemesi, bu ayrıma dayalı olan gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık kurumlarının da yapısında değişimleri de beraberinde getirmiştir.⁴⁵ Bu anlamda; 765 sayılı Ceza Kanunu döneminde, icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra failin neticenin gerçekleşmesini önlemesi anlamına gelen faal nedamet kurumu, 765 sayılı ceza kanunu dönemindeki gönüllü vazgeçme kurumuyla aynı hükme tabi kılınmıştır. Diğer bir ifadeyle; 765 sayılı kanundan farklı olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu sisteminde gönüllü vazgeçme sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında değil, hem suçun icra hareketleri aşamasında hem de icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra da mümkün

42 Dönmezer & Erman (1997) s. 452.

43 Soyaslan (1994) s.144.

44 5237 sayılı kanun madde gerekçeleri. www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc, s. 175, s.e.t 28.04.2016.

45 Bayraktar; gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık hükümleri arasındaki ayrımın kaldırılmasını; eksik teşebbüs- tam teşebbüs ayrımına yer verilmemesine bağlamaktadır. Bayraktar, Köksal (2004) ‘Türk Ceza Kanunu Tasarısı’na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri’ Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 33.

kılınmıştır.⁴⁶ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 36 uyarınca; “Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.”

Kanunun gerekçesinde söz konusu düzenlemenin gerekçesi şu şekilde ifade olunmuştur: “Gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek modern suç politikasının temel araçlarından biridir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında kabul edilen gönüllü vazgeçme, icra hareketlerinin bittiği ancak neticenin meydana gelmediği olaylar bakımından da öngörülmüştür. Böylece suçun icrası sürecindeki bütün aşamalarda gönüllü vazgeçme mümkün hâle gelmektedir. Ancak icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için, vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi gerekmektedir. Gönüllü vazgeçme hâlinde kişiye ceza verilmemekte, ancak o ana kadar yapılan hareketler ayrıca bir suç oluşturuyorsa sadece o suçtan sorumlu tutulmaktadır.”⁴⁷

ÖZGENÇ de bu düzenlemeyi 765 sayılı ceza kanununda eksik teşebbüsle ilgili olarak gönüllü vazgeçmeye ilişkin bir düzenleme mevcutken tam teşebbüse ilişkin olarak etkin pişmanlık kurumunun düzenlenmemiş olması 765 sayılı kanunun genel hükümlerle ilgili düzenlemelerinde bir eksikliğin giderilmesi olarak değerlendirmektedir.⁴⁸ Bu bağlamda; hazırlık hareketleri ve icra hareketleri ayrımında objektif ölçütün kabul edildiği ve bu düzenlemeye paralel olarak gönüllü vazgeçmenin suça teşebbüs kapsamında yeniden düzenlendiği, buna karşılık etkin pişmanlığın sadece belirli suçlar bakımından o suçlara özgü olarak cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak düzenlendiği belirtilmiştir.⁴⁹

SÖZÜER; 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki düzenleme uyarınca eksik teşebbüs durumunda vazgeçme durumunda ceza verilmemesi ancak tam teşebbüs aşamasında vazgeçme halinde herhangi bir cezai indirimin olmamasının gönüllü vazgeçme kurumunda bir eksiklik oluşturduğunu ifade etmekte-

46 Özgenç (2014), s. 476.

47 5237 sayılı kanun madde gerekçeleri. www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc , s. 176, s.e.t 28.04.2016.

48 Özgenç (2014), s. 60.

49 Özgenç (2014), s. 72, 73.

dir.⁵⁰ Bu bağlamda; “kişiye altın köprüler yaptırılm, suç işlemekten vazgeçsin” düşüncesinin bir yansıması olarak, faile suç işlemekten vazgeçme motivasyonu sağlamak maksadıyla gönüllü vazgeçmenin teşebbüsün bütün aşamalarında kabul edildiği belirtilmektedir.⁵¹ Bu bağlamda; gönüllü vazgeçmenin suç tamamlanıncaya kadar geçerli olduğu suç işleyen kişilerin her aşamada geriye dönmelerinin mümkün kılınması içinse suç tamamlandıktan sonra etkin pişmanlığın söz konusu olduğu, böylelikle de etkin pişmanlık kavramının bir sistematığe oturtulduğu ifade edilmektedir.⁵²

765 sayılı kanun döneminde gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık olarak adlandırılan kurumları aynı hükme tabi kılan düzenleme doktrinde eleştirilmektedir.

TCK m. 36 hükmünün esas itibariyle doktrinde etkin pişmanlık (faal nedamet) olarak anılan kurumu düzenlediği, bu sebeple gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık kurumlarının birbirine karıştırıldığı ifade edilmektedir.⁵³

ÖZBEK; TCK m. 36’da “hiç de yerinde olmayan bir yaklaşımla” gönüllü vazgeçme başlığı altında etkin pişmanlığın da düzenlediğini, oysaki etkin pişmanlığın ancak neticenin gerçekleşmemiş olduğu hâllerde söz konusu olabileceğini belirtmektedir.⁵⁴

HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; kanun koyucunun gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık kurumlarının düzenlenmesinde yerleşik doktrin ve uygulamaya itibar etmediğini, inandırıcı bir gerekçe göstermeksizin Alman Ceza Kanunu nu esas aldığını belirtmektedir.⁵⁵

DEMİRBAŞ; TCK m.36 hükmüyle gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık kurumlarının bir arada düzenlenmesinin yerleşik ceza hukuku kavramlarının birbirlerine karıştırılmasına sebebiyet verdiğini, bu sebeple de söz konusu düzenlemenin isabetsiz olduğunu ifade etmektedir.⁵⁶

50 Sözüer, Adem (2004) ‘Suç Politikası İlkeleri Bağlamında Türk Ceza Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi’ (Suç Politikası İlkeleri), Türk Ceza Kanunu Reformu 1: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, s. 47.

51 Sözüer (2004), s. 47,48.

52 Sözüer (2004), s. 48.

53 Artuk, Mehmet Emin & Çınar, Ali Rıza (2004) Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler, Türk Ceza Kanunu Reformu 1: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, s. 77.

54 Özbek, Veli Özer (2004) ‘Mağduru Koruma ve Mağduriyetin Giderilmesi’ Hukuki Perspektifler Dergisi, S.2, s.123.

55 Hafizoğulları & Özen (2012), s. 319.

56 Demirbaş, Timur (2012) Ceza Hukuku Genel Hükümler,8. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 450.

İcra hareketlerini bitiren failin neticenin gerçekleşmesini engellemeye çalışması durumuna ilişkin olan etkin pişmanlık kurumuyla gönüllü vazgeçme müessesini aynı hukuki neticeye bağlamanın; eylemli pişmanlık gösteren faili, gönüllü vazgeçen fail karşısında daha imtiyazlı kıldığı bu sebeple de mevcut düzenlemenin kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı bir nitelik taşıdığı⁵⁷ ifade edilmektedir.

Bunun yanı sıra 5237 sayılı kanunda yer alan düzenleme hem suçluluğa prim veren hem de geçitli suçlar bakımından sorun oluşturmaya ve kanunun ortadan kaldırdığını reddettiği “objektif sorumluluk” esasına göre failin cezalandırılmasına sebep olan bir düzenleme niteliğindedir. Bu anlamda; Failin işlemeyi kastettiği suça teşebbüsten değil de o ana kadar gerçekleştirdiği hareketlerin vücut verdiği suçtan dolayı cezalandırılmasının, failin kastı olmayan bir fiilden dolayı cezalandırılması anlamına geldiği, bu durumun ise ortadan kaldırdığı iddia edilen objektif sorumluluk esasına göre failin cezalandırılması sonucunu doğurduğu ifade edilmektedir.⁵⁸

Özet olarak; 765 sayılı Türk Ceza Kanunu dönemindeki gönüllü vazgeçme kurumuyla, doktrinde faal nedamet olarak adlandırılan kurum tek bir potada eritilerek her ikisi de gönüllü vazgeçme kurumunun birer parçası haline dönüştürülmüştür.

Durum böyle olunca; 765 sayılı kanun döneminde suç sonrası pişmanlık

57 Hafizoğulları & Özen (2012), s. 344.

58 “... Ör., öldürmeye teşebbüste, fail ağır bir biçimde yaraladığı mağduru hastaneye götürerek ölüm sonucunu engellemiş olsa, kanuna göre, öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacak, ancak tamamlanan kısım başka bir suç oluşturuyorsa o suçtan ceza verilecektir. Burada, tamamlanan kısım, yaralamadır. Öyleyse, faille hangi esasa dayanılarak yaralama suçundan ceza verilecektir? bu konu açık değildir. failin kastı öldürmedir, yaralama kastı yoktur. Tabii, cezasız kalmasının düşünülmesi mümkün olmadığından, faille, yaralamadan ceza verilirse; yaralama kastının olmadığı göz önünde tutulduğunda, bu; herhalde, tarihi kanun koyucunun kanun gerekçesinde “fiyakalı bir biçimde reddettiği” objektif sorumluluk esasına göre ceza vermekten başka bir şey olmaz. Aynı sorun cinsel saldırı suçunda (TCK. m. 102) da mevcut bulunmaktadır. Fail cinsel saldırı fiilini “vücuda bir organ sokarak” işlemeye kalkışsa (TCK. m. 102/2), mağdurun yalvarması üzerine fail vücuda organ sokmaktan vazgeçse, durum ne olacaktır? Kuşkusuz, burada, failin icra hareketlerinden gönüllü vazgeçtiği ana kadar olan hareketleri dolayısıyla kendisine “vücuda organ veya sair bir cisim sokma” suçuna teşebbüsten ceza verilmeyecektir. ancak, failin o ana kadarki hareketlerinin maddeten cinsel saldırı suçunu (TCK. m. 102/1) oluşturduğunda kuşku yoktur. Failin kastı, mağdurun vücuduna bilerek ve isteyerek organ sokmaktır. Kast yönünden yukarıdaki örnekle birebir benzeşir olmamakla birlikte, böyle bir durumda, fail, kanunun 102/1. maddede öngördüğü suçtan hangi esasa göre sorumlu olacaktır? Herhalde, sorumluluğun esası, burada da, çok azı da kapsar desek de, kusurlu sorumluluk olmayacaktır, çünkü failin kastı, 765 sayılı kanunun ifadesiyle, sarkıntılık etmek veya ırza tasaddide bulunmak değildir, ama açıkça ırza geçmez.” Hafizoğulları & Özen (2012) s. 343.

olarak adlandırılan durum da; etkin pişmanlık hükmü haline dönüştürülmüştür. Diğer bir ifadeyle; faal nedamet; geniş anlamda faal nedamet'in bir parçası olan suç sonrası nedamet ile sınırlandırılmıştır. Söz konusu düzenleme madde gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir: “Suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra örneğin çalınan eşyanın geri verilmesi veya kaçırılan kişinin serbest bırakılması hâllerinde, artık vazgeçme değil etkin pişmanlık söz konusudur. Bazı suçlarla ilgili olarak yapılan düzenlemeler bağlamında özel hükümler olarak etkin pişmanlığa yer verilmesinin daha doğru olacağı düşüncesiyle; Hükûmet Tasarısında “tam teşebbüs” aşamasındaki gönüllü vazgeçme karşılığında kullanılan etkin pişmanlıkla ilgili hüküm, Tasarı metninden çıkarılmıştır.”

Kanaatimizce; 5237 sayılı kanunun getirdiği düzenleme isabetli değildir. 765 sayılı kanun döneminde Failin elinde olan sebeplerle icranın tamamlanmasına engel olması durumu (ihtiyari) gönüllü vazgeçme, failin elinde olan sebeplerle neticenin gerçekleşmesine engel olması durumu ise (faal nedamet) etkin pişmanlığın söz konusu olduğu kabul edilmekteydi.⁵⁹ Eksik teşebbüs tam teşebbüs ayrımı ise failin cezalandırılması bakımından önemli olup, antisosyal davranışın daha ileri bir aşamaya kadar devam etmesi ve hukukî konunun daha ağır bir tehlikeye atılması söz konusu olduğu için tam teşebbüs durumunda eksik teşebbüse nazaran fail daha ağır bir cezayla cezalandırılmaktaydı.⁶⁰

BAYRAKTAR; faal nedamette ihtiyariyle vazgeçmeye birlikte soyut olarak irade ve hareket yönünden her iki kurumun aynı niteliklere sahip olduğunu, aralarındaki farklılığın somut plânda farklı zamanlarda ortaya çıkmalarında olduğunu ifade etmekle beraber; gönüllü vazgeçmede etkin pişmanlığa (suç öncesi pişmanlığa) oranla daha yoğun bir pişmanlık, suçtan dönme isteği söz konusu olmakla etmektedir.⁶¹ Bununla birlikte; Faal nedamet ancak suçtan önce var olabilir, suçtan sonra, suçun sonuçlarını tamir eden bir nedamet hali gerçek anlamdaki faal nedameti teşkil etmemektedir.⁶²

Bu anlamda, icra hareketlerini tamamlayarak antisosyal davranışını daha ileri bir aşamaya taşıyan faille; bu faille nispeten daha yoğun bir pişmanlık ve suçtan dönme isteği duyan ve icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçen faili aynı hükme tabi kılan düzenlemeyi isabetsiz bulmaktayız.

59 Dönmezer & Erman (1997), s. 434.

60 Aydın, Devrim (2006) ‘Suça Teşebbüs’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 55, S:1, s. 96.

61 Bayraktar (1967), s. 125.

62 Bayraktar (1967), s. 125.

III. 5237 SAYILI KANUN UYARINCA ETKİN PİŞMANLIĞIN UNSURLARI VE BAZI CEZA HUKUKU KURUMLARIYLA İLİŞKİSİ

A. GENEL OLARAK

Çalışmamızın önceki bölümlerinde; 5237 Sayılı kanun döneminde etkin pişmanlık kurumuna 765 kanun dönemine nispeten farklı bir nitelik atfedildiğini ifade ettikten sonra; 5237 sayılı kanun döneminde etkin pişmanlık kurumunun unsurlarını irdelemeyi uygun bulmaktayız. Bu bağlamda etkin pişmanlık kurumunun unsurlarını fiile ve faile ilişkin şartlar olmak üzere iki başlık altında ele almayı uygun bulduk.

B. ETKİN PİŞMANLIĞIN UNSURLARI

1. Fiile İlişkin Şartlar

Teşebbüs aşamasında kalan suçlarda tipik fiilin eksikliği; failin icrasına başladığı bir suçun icrasına devam edememesi ya da icra hareketlerinin bitirmesine rağmen suçun tamamlanması için aranan neticenin gerçekleşmemesi suretiyle iki biçimde ortaya çıkabilir.⁶³ 765 sayılı kanun döneminde failin icrasına başladığı bir suçun icrasına devam edememesi eksik teşebbüs, failin icra hareketlerini bitirmesine rağmen suçun tamamlanması için aranan neticenin gerçekleşmemesi durumu ise tam teşebbüs olarak adlandırılmaktaydı.

a. Tamamlanmış Bir Suç Olmalı

Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli olan şart, fail tarafından işlenen suçun tamamlanmış olmasıdır. Suçların tamamlanması her suç için farklılık arz eden bir niteliğe sahiptir. Suçların tamamlanması bakımından neticenin gerçekleşmesi önemli bir kıstas olmakla beraber, netice her zaman suçun zorunlu bir unsuru değildir.⁶⁴ Tamamlanabilmesi için kanunda öngörülen neticenin gerçekleşmesinin zorunlu olduğu suçlara neticeli suçlar ya da maddi suçlar, kanundaki suç tipinde ayrı bir unsur olarak neticeye yer verilmeyen kanunda gösterilen ihmali ya da icrai hareketin gerçekleştirilmesiyle tamamlanan suçlara ise sırf hareket suçları ya da şekli suçlar adı verildiğini ifade etmiştik.

Etkin pişmanlığın söz konusu olabilmesi için gerekli olan şart suçun sona ermesi değil tamamlanmasıdır. Diğer bir ifade ile etkin pişmanlık suçun bütün unsurlarıyla tamamlanmasından ve neticenin meydana gelmesin-

63 Hafizoğulları & Özen (2012), s. 363.

64 Hafizoğulları & Özen (2012), s. 235.

den sonra söz konusu olmaktadır.⁶⁵ Bu durumun önemi kendisini mütemadi (kesintisiz) suçlar bakımından göstermektedir. Örneğin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından etkin pişmanlık hükmü öngören TCK m. 110 uyarınca; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işleyen fail, soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa faile verilecek cezada indirim yapılması öngörülmüştür. Kesintisiz bir suç olan hürriyetten yoksun kılma suçu; mağdurun hürriyetinden yoksun kılınmasıyla tamamlanır. Bu suçun sona ermesi kesintisinin gerçekleştiği andır.

Bu anlamda bir kesintisiz suç olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından etkin pişmanlık hükmünün uygulanması için kanun koyucu, tamamlanmış olan suçun fail tarafından sona erdirilmesini şart koşturmaktadır.

b. Tamamlanmış Suça İlişkin Olarak Etkin Pişmanlık Hükmü Münhasıran Düzenlenmiş Olmalı

Etkin pişmanlık bütün suçlar bakımından uygulama alanına sahip olmayıp kanunda sadece belirli suçlar için öngörülmüştür. Bu anlamda etkin pişmanlık hükümleri kanunilik ilkesi gereği kanunda hangi suçlar için öngörülmüş ise sadece o suçlar için uygulanabilir.⁶⁶

Anayasa Mahkemesinin ilgili kararında da belirtildiği üzere hangi suçlar bakımından etkin pişmanlık hükümlerine yer verileceği kanun koyucunun takdirindedir.⁶⁷

5237 sayılı TCK'da kanun koyucu bazı suçlara ilişkin etkin pişmanlık düzenlemesini "etkin pişmanlık" başlığıyla bağımsız bir madde hâlinde (TCK 93, 110, 168, 192, 201, 221, 248, 254, 269, 274, 293), bazılarını ise suç tipinin düzenlendiği maddenin bir fıkrası şeklinde yapmıştır (TCK 184/5, 281/3,

65 Malkoç, İsmail (2013) Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1-81), C:I, Ankara, Sözkese Matbaacılık, s. 556.

66 Aydın (2006), s. 107.

67 "... Hukuk devletinde ceza siyasetinin gereği olarak yasakoyucu, Anayasanın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı da gözetenek hangi eylemlerin suç sayılacağına, bunlara verilecek cezanın türü, miktarı, artırım ve indirim nedenleri ve oranları ile suçun takibine ve yargılama usulüne ilişkin koşullar öngörebilir. Suç sayılan eylemler arasında benzerlikler olduğu gibi farklılıklar da bulunabilir. Kimi benzerliklere rağmen eylemin toplumda yarattığı infial, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, işlenme oranındaki artış ve azalma gibi faktörlere bağlı olarak daha ağır cezayla yaptırıma bağlanması veya bu sonucu doğuracak biçimde indirim nedenlerine yer verilmemesi yasa koyucunun takdirindedir... Cezayı hafifletici sebepler de ceza siyasetine bağlı olarak yasa koyucunun takdirindedir..." AYM, E: 2006/123, K: 2009/43, T: 5.3.2009, www.anayasa.gov.tr , s.e.t. 23.06.2016

282/6, 289/2, 297/4, 316/2).⁶⁸

5237 sayılı TCK'da cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık kurumuna yer verilen ve numerus clausus (sınırlı sayım) ilkesi doğrultusunda düzenlenen suçlar şu şekilde sıralanabilir.

- i) Organ veya doku ticareti suçu (TCK m. 93),
- ii) Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK m. 110),
- iii) Malvarlığına karşı suçlar (Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli iflas, yağma, karşılıksız yararlanma suçları) (TCK m. 168),
- iv) İmar kirliliğine neden olma suçu (TCK m. 184/5),
- v) Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu ile kullanmak için uyuşturucu madde satın alma, kabul etme veya bulundurma suçu (TCK m. 192),
- vi) Parada sahtecilik suçu ile kıymetli damgada sahtecilik suçu (TCK m. 201),
- vii) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu (TCK m. 221),
- viii) Zimmet suçu (TCK m. 248),
- ix) Rüşvet suçu (TCK m. 254)
- x) İftira suçu (TCK m. 269),
- xi) Yalan tanıklık suçu (TCK m. 274),
- xii) Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu (TCK m. 281/3),
- xiii) Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu (TCK m. 282/6),
- xiv) Muhafaza görevini kötüye kullanma suçu (TCK m. 289/2),
- xv) Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu (TCK m. 293),
- xvi) İnfaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokma suçu (TCK m.297/4),
- xvii) Suç için anlaşma suçu (TCK m. 316/2).

Söz konusu hükümlerin etkin pişmanlık niteliği taşımadıklarına ilişkin doktrinde bir takım eleştiriler bulunmaktadır.

68 “TCK’nda etkin pişmanlık tüm suçlarda uygulanabilecek genel bir hüküm olarak değil, özel suç tipleri bakımından uygulanabilecek istisnai bir müessese olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda kanun koyucu bazı suçlara ilişkin etkin pişmanlık düzenlemesini etkin pişmanlık başlığıyla bağımsız bir madde hâlinde (TCK 93, 110, 168, 192, 201, 221, 248, 254, 269, 274, 293) bazılarını ise suç tipinin düzenlendiği maddenin bir fıkrası şeklinde gerçekleştirmiştir. (TCK 184/5, 230/5, 245/5, 275/2, 275/3, 281/3, 282/6, 289/2, 297/4, 316/2) Bu hükümlerin bir kısmında etkin pişmanlık nedeniyle cezanın tamamen ortadan kaldırılması öngörülmüş, bir kısmında ise sadece belli oranda indirilmesi kabul edilmiştir.” YCGK, E: 2014/710, K: 2015/502, T: 08.12.2015, www.kazancihukuk.com s.e.t. 22.06.2016.

Çeşitli suçlar bakımından etkin pişmanlık hükümlerinin kabul edilmesinde güdülen amaç; suçun işlenmesiyle oluşan mağduriyetlerin etkilerinin veya ekonomik zararların mümkün olduğunca azaltılmasıdır.⁶⁹

HAFIZOĞULLARI/KURŞUN; TCK m. 93, 201, 221’de yer verilen düzenlemeleri etkin pişmanlık niteliğinde değerlendirmemektedir. HAFIZOĞULLARI’na göre; bu hükümlerde failin pişmanlık duyarak fiilinin neticesini önlemeye çalışması ve işlemeyi kastettiği suçtan değil de o ana kadar işlediği fiil bir suç oluyorsa ondan sorumlu olması söz konusu olmayıp, failin suçu ve suç ortaklarını ihbar etmesi karşılığında, ceza almaktan kurtulması veya daha az ceza alması durumu vardır.⁷⁰ TCK m. 221 hükmünün amacı suçlunun suçundan geri dönmesi veya neticeyi önleyerek zararı gidermeye çalışmasını sağlamak olmayıp, hükümlerle amaçlanan örgüt ve örgüt mensupları hakkındaki delilleri elde etmek, örgütün çökertilmesini örgüt üyelerinin ele geçirilmesini sağlamak olduğundan bu hüküm gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlıktan farklıdır.⁷¹

2. Faile İlişkin Şartlar

a. Fail Bizzat Pişmanlık Göstermelidir:

Etkin pişmanlıktan yararlanması için failin pişmanlık gösteren eylemleri bizzat gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bu bağlamda örneğin; hırsızlık suçunda çalınan malın iadesi fail tarafından değil de, failin bir yakını tarafından gerçekleştirilirse fail etkin pişmanlık hükmünden yararlanmamalıdır.⁷²

69 Özgenç (2014), s. 78.

70 Hafızoğulları, Zeki: ‘Suçla Mücadelede Kolluğa Yardım Etmek’, <http://www.zekihafizogullari.com/makaleler/suclamucadele.pdf>, s.5, s.e.t 28.04.2016.

71 Hafızoğulları, Zeki & Kurşun, Günel (2007) ‘Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk’ Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:71, s. 42, 43.

72 “TCK’nun 168. maddesinin düzenlenmesi sırasında maddeye; ‘failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi’ ifadesi eklenmek suretiyle, muhtemel tereddütlerin önüne geçilmek istenmiştir. Zira madde metninde geçen “bizzat pişmanlık göstererek” ibaresi, düzenlemenin ‘tek başına iade ve tazmine’ değil, ‘pişmanlık sonucu olan iade ve tazmine’ önem atfettiğinin açık göstergesidir.” YCGK, E: 2014/13-430, K: 2015/414, T: 24.11.2015, www.kazancihukuk.com s.e.t. 22.06.2016. “Sanığın yakalandığında suçunu ikrar edip çaldığı yağları sattığı kişiyi kolluk görevlilerine söylediği, ancak eşyayı sattığı bu kişiden ücretini ödemek suretiyle geri alarak mağdura aynen iade etmek veya bizzat ya da kendi girişimleri sonucu 3. bir kişi tarafından bedelini mağdura ödenmek gibi bir davranışta bulunmadığı anlaşılan somut olayda, sanığın artık üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayan yağları sattığı kişiyi söylemesi sonucu yağların satın alan kişiden alınarak mağdura iadesinin T.C.K.nun

“29.06.1955 gün ve 10-16 sayılı İctihadı Birleştirme Kararı ile Ceza Genel Kurulunun 11.11.1997 gün ve 248-288 sayılı kararı başta olmak üzere birçok kararında açıklandığı üzere, 765 sayılı TCK`nun 523. maddesi, “iade ve tazmin” esasına dayalıdır. 5237 sayılı TCK`nun 168. maddesi ise tazminden çok “pişmanlık” esasını ön plana çıkarmaktadır.”⁷³

Bu anlamda “iade ve tazminin cebri icra yoluyla gerçekleştirilmesi, zararın failin rızası hilafına veya ondan habersiz olarak üçüncü kişilerce giderilmesi, eşyanın failin yakalanmamak için kaçarken atması sonucu veya kaçarken yakalanan failin üzerinde ele geçirilmiş olması gibi hallerde, failin gerçek anlamda pişmanlığından söz edilemeyeceğinden. 5237 Sayılı T.C.K.nun 168. maddesinin uygulanma şartları oluşmayacaktır. Buna karşın, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için mağdurun uğradığı zararın aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi şartı yerine getirilirken duyulan pişmanlığın mutlaka sözle ifade edilmesi zorunluluğu bulunmayıp, davranışlar yoluyla da ifade edilmesi olayın özelliğine göre mümkün olabilecektir.”⁷⁴

Bununla birlikte, failin pişmanlık duymasına ilişkin olarak HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; bir tespitte bulunmaktadır. Buna göre; suç sonrası pişmanlıktan yararlanabilmek için failin gerçekten pişman olması ya da merciine pişmanlığını ifade etmesi gerekmeceğinden hâkim tarafından failin fiilinden gerçekten pişmanlık duyup duymadığını araştırmasına da gerek yoktur.⁷⁵

Failin Pişmanlığı Etkin (Aktif) Olmalıdır:

Etkin pişmanlıktan yararlanacak fail, suçunun olumsuz etkilerini gidermek için bir girişimde bulunmalı, diğer bir ifadeyle failin suçtan duyduğu pişmanlık, basit bir üzülmeye, hayıflanmaya derecesinde kalmamalı, bu pişmanlığın dış dünyaya yansıyan “etkin” bir yönü olmalıdır.⁷⁶

Bu bağlamda DURAN’IN, failin “aktif” veya “pasif” bir fiiliyle pişmanlığını ortaya koyabileceğini, suçtan kaynaklanan zararı tazmin etmesinin aktif

168. maddesi anlamında bizzat pişmanlık gösterilerek gerçekleştirilmiş bir iade veya tazmin olarak kabulü mümkün değildir.” YCGK, E: 2013/13-626, K: 2015/7, T: 17.02.2015, www.kazancihukuk.com s.e.t. 22.06.2016.

73 YCGK Esas: 2013/6-666 Karar: 2015/91 Tarih: 07.04.2015, YCGK, E: 2014/13-430, K: 2015/414, T: 24.11.2015, YCGK, E: 2014/22-185, K: 2015/305, T: 06.10.2015, www.kazancihukuk.com s.e.t. 22.06.2016.

74 YCGK, E: 2013/13-626, K: 2015/7, T: 17.02.2015, www.kazancihukuk.com s.e.t. 22.06.2016.

75 Baba, Yasemin (2013) Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık,1. Baskı, İstanbul, XII Levha, s. 152.

76 Baba (2013), s. 49.

fiile, suçta devam etmekten kaçınmasının da pasif fiile örnek teşkil ettiğini ifade eden görüşüne katılmamaktayız.⁷⁷

Failin etkin pişmanlıktan yararlanması için göstermesi gereken aktif tutum; suçla mücadelede etkin işbirliği sağlama, bilgi vererek suçun aydınlatılmasına katkı sağlama, örgütlü suçlulukla mücadeleye katkı sağlama, failin hukuka aykırı duruma son vermesi, iade veya tazmin suretiyle etkin pişmanlık, resmi makamlara başvurarak tedavi ettirilmeyi isteme şeklinde olabilir.

c. Fail Suçun Tamamlanmasından Sonra Pişmanlık Göstermelidir

Çalışmamızın önceki bölümlerinde de ifade ettiğimiz üzere, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun öngördüğü sistem uyarınca etkin pişmanlık kurumu 765 sayılı kanun döneminde suç sonrası pişmanlık olarak ifade edilen durumla sınırlandırılmıştır. Bu anlamda icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra neticenin ortaya çıkmasını engelleyen failin durumu; gönüllü vazgeçme kurumu kapsamına alınmıştır.⁷⁸

d. Pişmanlık Kanunda Öngörülen Zamanda Gösterilmiş Olmalıdır

Etkin pişmanlık hükümlerinin hangi suçlar bakımından uygulanacağını numerus clausus belirten 5237 sayılı kanun; failin suçun tamamlanmasından sonraki hangi aşamada etkin pişmanlıkta bulunması gerektiğini de her bir suç için ayrı ayrı belirtmiştir.

Etkin pişmanlık; suçun tamamlanmasından sonraki aşamada; soruşturma başlamadan önce, soruşturma evresinde, kovuşturma evresinde hüküm verilmeden önce, kovuşturma evresinde hüküm verildikten sonra ve hatta kovuşturma evresi tamamlandıktan sonra da söz konusu olabilir. Anayasa mahkemesi, somut norm denetimi yoluyla önüne gelmiş olan dava konusu olay

77 Duran, Mustafa '5237 Sayılı Yasada Düzenlenen Yağma Suçu', www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/141.doc, s.e.t 28.04.2016.

78 "Çoğu suç, failin icra edilmesiyle tamamlanırken, kanuni tarifte ayrıca bir unsur olarak neticeye yer verilen suçlarda, suçun tamamlanması için failin icra edilmesinden başka ayrıca söz konusu neticenin gerçekleşmesi de aranmaktadır. Türk Ceza Kanununun 36. maddesindeki "gönüllü vazgeçme" düzenlemesi ile failin suç yolundan dönerek, suçun tamamlanmasını veyahut da neticenin gerçekleşmesini önlemesi; etkin pişmanlığa ilişkin düzenlemeler ile de, suç tamamlandıktan sonra hatasının farkına vararak nedamet duyup neden olduğu haksızlığın neticelerini gidermesi için teşvikte bulunulması amaçlanmıştır." YCGK, E: 2014/645, K: 2015/498, T: 08.12.2015, www.kazancihukuk.com s.e.t. 22.06.2016.

bağlamında, failin etkin pişmanlık hükmünden yararlanmasının ceza muhakemesinin farklı evrelerine bağlanmasını eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir.⁷⁹

IV. ETKİN PİŞMANLIK KURUMUNUN BAZI CEZA HUKUKU KURUMLARIYLA İLİŞKİSİ VE FARKLILIKLARI:

A. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Çalışmamızın önceki kısımlarında belirttiğimiz üzere etkin pişmanlık hükümleri, faile verilecek cezada indirim yapılmasını sağlamakla birlikte, bir takım etkin pişmanlık hükümleri de faile verilecek olan cezanın tamamen ortadan kalkması sonucunu doğurmaktadır.

Cezayı kaldıran etkin pişmanlık sebeplerinin söz konusu olduğu hallerde; fail tarafından gerçekleştirilen bir suç söz konusudur fakat bir takım mülahazalarla kanun koyucu, konusu suç olan bu fiilleri gerçekleştiren şahısların cezalandırılmamasını uygun görmüştür.

Hukuka uygunluk nedenlerinin var olduğu hallerde ise; esas itibariyle ceza kanunları tarafından suç olarak düzenlenmiş olan bir fiil, en başından itibaren hukuka uygun hale gelmektedir ve fiili gerçekleştiren şahsa, ortada işlenmiş bir suç olmadığı için ceza verilmemektedir.

Özet olarak hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında; “*bir kimse tarafından gerçekleştirilen hukuka uygun bir fiil*”; cezayı kaldıran etkin pişmanlık hükümlerinin söz konusu olduğu hallerde ise “*bir fail tarafından işlenmiş bir suç*” söz konusudur.

Kanun koyucu, hukuka uygunluk nedenleri ve etkin pişmanlık hükümleri arasındaki bu temel ayrımı dikkate almış ve söz konusu hallerin varlığında sanık hakkında verilecek hükmün niteliğinin farklılaştırılmasını sağlamıştır.

CMK'nın 223. maddesi uyarınca; yüklenen suçun sanık tarafından iş-

79 “suçun işlenmesini takiben, suçluların veya suç örgütlerinin ortaya çıkarılması; mağdurun uğradığı maddi zararının biran önce giderilmesi; ya da, iftira suçunda olduğu üzere, isnat nedeniyle mağdurun cezai yaptırıma maruz kalmasının önlenmesi gibi amaçlarla, etkin pişmanlığın uygulama alanının yasakoyucu tarafından farklı suç tipleri bakımından daraltılması ya da genişletilmesi mümkündür. Bu, suçun mahiyeti ve etkin pişmanlıktan beklenen hukuki yarar ile doğrudan doğruya irtibatlı bir konudur. Dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma aşamalarındaki hukuki yararların farklılığı gözetildiğinde bunlara farklı kurallar uygulanmasında eşitlik ilkesine aykırılık yoktur.” AYM, E: 2009/6, K: 2010/19, T: 28.01.2010 www.kazancihukuk.com s.e.t. 22.06.2016.

lenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunması durumunda sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken (CMK m.223/8-(d)); cezayı kaldıran etkin pişmanlık hükümlerinin mevcudiyetinde, CMK m. 223/4- (a) uyarınca sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.⁸⁰

Cezasızlık sebebi niteliğindeki etkin pişmanlık hükümleriyle hukuka uygunluk nedenleri arasında failin cezalandırılmamasını sağlamak gibi ortak bir özellik olsa da diğer kurumların aksine sadece hukuka uygunluk nedenlerinin söz konusu olduğu hallerde bir suçun varlığından söz edilemez. Diğer bir ifadeyle cezayı kaldıran şahsi cezasızlık nedeni niteliğindeki etkin pişmanlık hükümlerinin söz konusu olduğu hallerde fiil suç olma niteliğini korurken, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde fiil hukuka uygundur, işlenen fiil suç teşkil etmez. Hukuka uygunluk nedenleri ile şahsi cezasızlık sebepleri ve cezanın kaldırılmasını sağlayan etkin pişmanlık hükümleri arasında, suçun oluşumuna etki bakımından “olmak ya da olmamak” gibi mühim bir farklılık yaratacak evsafa bir ayırım mevcuttur.

B. İŞTİRAK

Türk Ceza Kanunu'nda iştirak halinde işlenen suçlar bakımından etkin pişmanlık hükmünün nasıl uygulanacağını açıkça belirleyen bir hüküm bulunmamaktadır.

Doktrinde etkin pişmanlık hükmünün cezayı kaldıran ya da azaltan bir şahsi sebep olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda; “*Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.*” hükmünü ihtiva eden TCK m. 40/1 hükmünün etkin pişmanlık hükümleri bakımından da geçerli olduğu savunulmaktadır.

Niteliksel bağlılık kuralının kapsamını belirleyen TCK m. 40/1 hükmüyle; sadece kusurluluğu etkileyen hallerin değil, şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran şahsi sebeplerin, bu arada etkin pişmanlık hükümlerinin de şeriklerin sorumluluğu üzerinde etkili olmadığı belirtilmektedir.⁸¹ Bu anlamda etkin pişmanlığın söz konusu olduğu bir suç tipinin iştirak halinde işlendiği hallerde, sadece etkin pişmanlık gösteren suç ortağın bundan yararlanacak,

80 Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E: 2014/1171, K: 2014/12580, T: 15.5.2014, www.kazanci.com , s.e.t 28.04.2016.

81 Koca & Üzülmaz (2012), s. 410.

diğer suç ortakları bundan yararlanamayacaktır.⁸²

Malvarlığına karşı suçlar bakımından etkin pişmanlık hükmü getiren TCK m. 168 hükmünün 5. fıkrası 6352 sayılı kanunla değiştirilmiştir. Bu hükme göre; *“karşılıksız yararlanma suçunda, fail, azmettiren veya yardım edenin pişmanlık göstererek mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zararı, soruşturma tamamlanmadan önce tamamen tazmin etmesi halinde kamu davası açılmaz; zararın hüküm verilinceye kadar tamamen tazmin edilmesi halinde ise, verilecek ceza üçte birine kadar indirilir. ancak kişi, bu fıkra hükmünden iki defadan fazla yararlanamaz.”*

Kanunun pişman olan faili değil; zararın tazmin edilip edilmediğini esas alarak bir şeriğin pişman olup zararı tazmin etmesi halinde diğer şeriklerin pişman olup olmadıklarına bakılmaksızın etkin pişmanlıktan yararlanmalarını mümkün kılması; kanun koyucunun icadı olan “pişmanlığın sirayeti” olarak nitelendirilmektedir.⁸³

C. GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık kurumları arasındaki ilişkiyi, 765 sayılı kanun ve 5237 sayılı kanun dönemindeki düzenleme farklılıklarını ele aldığımız bölümde ifade etmiştik. Bu bağlamda tekrara düşmemek kaydıyla gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık hükümleri arasındaki farklılıkları ve ilişkiyi hususları sistematik bir biçimde ifade etmeye çalışacağız.

İlkin gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık kurumunun uygulama alanı bakımından farklılık mevcuttur. Gönüllü vazgeçme kurumu 5237 sayılı TCK'nın genel hükümler kısmında düzenlenmiş olduğundan bütün suçlar bakımından uygulanma kabiliyetini haizdir.⁸⁴ Etkin pişmanlık hükümleri ise TCK'nın genel hükümler kısmında değil, özel hükümler kısmında düzenlenmiş olduğundan, her suç için uygulanma imkânına sahip olmamakta, sadece açıkça öngörülmüş oldukları suç tipleri bakımından işlevsellik kazanabilmektedirler.⁸⁵

İştirak halinde işlenen suçlara ilişkin olarak gönüllü vazgeçme kurumu

82 Koca & Üzülmöz (2012) s. 410.

83 Hafizoğulları, Zeki & Özen, Muharrem (2013) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 3. Baskı, Ankara, Us-A Yayınları, s. 428.

84 Hakeri (2014), s. 499.

85 Aydın (2006), s. 107.

TCK m. 41’de düzenlenmişse de, etkin pişmanlık kurumuna ilişkin bağımsız bir düzenlemeye ceza kanununda yer verilmemiştir.⁸⁶

Söz konusu kurumların uygulama zamanları da birbirinden farklıdır. Gönüllü vazgeçme suçun tamamlanmasından önce söz konusu olurken, etkin pişmanlık suçun tamamlanmasından sonra söz konusu olabilir.⁸⁷ Kanun koyucu, tamamlanmış olan suçun etkilerini gidermeye yönelik çabada bulunan failin bu çabasını gerçekleştirdiği zaman aralığına göre faile verilecek olan cezada uygulanacak olan indirim değer atfetmiştir. Bu anlamda etkin pişmanlığın soruşturmadan önce, kovuşturmadan önce, hükümden önce, hüküm kesinleşmeden önce ya da mahkûmiyet sonrasında gösterilmiş olması fail verilecek olan cezada uygulanacak olan indirim bakımından önem taşımaktadır.

Gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık kurumları cezalandırma bakımından da farklı sonuçlar doğurmaktadır.

5237 sayılı kanun; gönüllü vazgeçme durumunda, diğer bir ifadeyle; failin, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmesi veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi halinde, teşebbüsten dolayı cezalandırılmamasını; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılmasını öngörmüştür. Etkin pişmanlık durumunda ise faile tamamlanan suçun cezası indirimli olarak verilebileceği gibi kanundaki düzenlemeye bağlı olarak faile ceza verilmeyebilir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ:

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu; gerek inceleme konumuz olan etkin pişmanlık kurumu, gerekse de etkin pişmanlık kurumuyla ilintili olan teşebbüs ve gönüllü vazgeçme kurumları bakımından 765 sayılı kanun dönemindeki yerleşik uygulama ve doktrindeki düzenlemelerde köklü değişiklikler öngörmüştür. Bu bağlamda eksik teşebbüs –tam teşebbüs ayrımı kaldırılmış, buna paralel olarak icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra failin neticenin meydana gelmesini engellemesi anlamına gelen ve doktrinde “faal nedamet” olarak adlandırılan durum gönüllü vazgeçme kapsamına alınmıştır. Bu durum, antisosyalliğini ve tehlikeliliğini icra hareketlerini tamamlamak suretiyle

86 Acar, Hüseyin (2013) Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme Kurumu, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.90.

87 Soyaslan, Doğan (2014), Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 314.

daha da belirgin kılan faille icra hareketlerinden vazgeçen faili aynı kapsamda değerlendirerek kanaatimizde isabetsiz bir yaklaşıma sebebiyet vermektedir.

Bu bağlamda etkin pişmanlık kurumu da suç sonrası pişmanlıkla sınırlandırılmıştır. Kanunda etkin pişmanlık olarak adlandırılan ve her suç tipi bakımından münhasıran öngörülen düzenlemelerin birçoğu teknik anlamda etkin pişmanlık niteliği taşımamakta, belirli bir menfaat karşılığı failin ödüllendirilmesi anlamına gelmektedir.

Özellikle karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin “pişmanlığın sirayeti” olarak ifade edilebilen düzenleme ise etkin pişmanlık kurumunun yapısına aykırılık teşkil etmektedir.

KAYNAKÇA

Acar, Hüseyin (2013) Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme Kurumu, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Artuk, Mehmet Emin & Çınar, Ali Rıza (2004) Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler, Türk Ceza Kanunu Reformu 1: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Ankara, Türkiye Barolar Birliği.

Ashworth, Andrew (2003) Principles Of Criminal Law; Fourth Edit., Oxford, Oxford University Press.

Aydın, Devrim (2006) ‘Suça Teşebbüs’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 55, S:1, s. 85-113.

Baba, Yasemin (2013) Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık,1.Baskı, İstanbul, XII Levha.

Bakıcı, Sedat (2008) 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi.

Bayraktar, Köksal (1967) ‘Faal Nedamet’ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM), C: 33, S: 3-4, s.122-154.

Bayraktar, Köksal (2004) ‘Türk Ceza Kanunu Tasarısı’na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri’ Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s.21-35.

Carlo, Erra (1937) ‘La desistenza volontaria neî tentativo’ Annali di diritto e procedura penale, s. 760-770 (Çeviren: Erman, Sahir (1945) ‘Teşebbüste İhtiyarile Vazgeçme’ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 10, S: 3-4, s.679-720.

Centel, Nur & Zafer, Hamide & Çakmut, Özlem (2014) Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Basım, İstanbul, Beta.

Cross, Rupert & Jones, Asterley (1959) An Introduction To Criminal Law, Fourth Edition, London, Butterworths.

Demirbaş, Timur (2012) Ceza Hukuku Genel Hükümler,8. Baskı, Ankara, Seçkin.

Dönmezer, Sulhi (2003) Ceza Hukuku Genel Dersleri, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları.

Dönmezer, Sulhi & Erman, Sahir (1997) *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Genel Kısım, C:I, İstanbul, Beta Yayınları.

Duran, Mustafa: '5237 Sayılı Yasada Düzenlenen Yağma Suçu', www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/141.doc , s.e.t 28.04.2016.

Elliott, Catherine & Quinn, Frances (2012) *Criminal Law*, Ninth Edition, Edinburg, Pearson.

Erem, Faruk (1973) *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C: I, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Ersoy, Yüksel (2002) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Ankara, İmaj Yayınları.

Hafizoğulları, Zeki 'Suçla Mücadelede Kolluğa Yardım Etmek' <http://www.zekihafizogullari.com/makaleler/suclamucadele.pdf>, s.e.t 28.04.2016.

Hafizoğulları, Zeki & Kurşun, Günel (2007) 'Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk' *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 71, s.25-80.

Hafizoğulları, Zeki & Özen Muharrem (2012) *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler)*, 5. Basım, Ankara, Us-A Yayıncılık.

Hafizoğulları, Zeki & Özen, Muharrem (2013) *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar*, 3. Baskı, Ankara, Us-A Yayınları.

Hakeri, Hakan (2014) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Koca, Mahmut & Üzülmez, İlhan (2012) *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Malkoç, İsmail (2013) *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1-81)*, C:1, Ankara, Sözkese Matbaacılık.

Önder, Ayhan (1992) *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, Filiz Kitabevi,

Özbek, Veli Özer (2004) 'Mağduru Koruma ve Mağduriyetin Giderilmesi' *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S:2.

Özel, Cevat: 'Türk Ceza Kanunu'nda ve Bankacılık Kanunu'nda Etkin Pişmanlık', http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_430.htm, s.e.t 28.04.2016.

Özgenç, İzzet (2014) *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler)*, 10. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları.

Sancar, Türkan Yalçın & Köprülü, Timuçin (2014) Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, 1. Baskı, Ankara, Savaş Kitabevi.

Soyaslan, Doğan (2014) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, Yetkin.

Soyaslan, Doğan (1994) Teşebbüs Suçu, Ankara, Kazancı Yayınları.

Sözüer, Adem (2004) 'Suç Politikası İlkeleri Bağlamında Türk Ceza Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi' Türk Ceza Kanunu Reformu 1: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Ankara, Türkiye Barolar Birliği.

Toroslu, Nevzat (2014) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Ankara, Savaş Yayınevi.

Yaşar, Osman & Gökcan, Hasan Tahsin & Artuç Mustafa (2014) Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:I, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

İNTERNET KAYNAKLARI

www.anayasa.gov.tr s.e.t 23.06.2016.

www.kazanci.com , s.e.t 28.04.2016.

www.kazancihukuk.com s.e.t. 22.06.2016.

Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük www.tdk.gov.tr , s.e.t 28.04.2016.

<http://www.yayin.adalet.gov.tr> , s.e.t 28.04.2016.

FARKLILIKLARIN BİR ARADA YAŞAMASINDA LIBERAL BİR YAKLAŞIM: ÇOKKÜLTÜRLÜLÜK TEORİSİ

Dr. Taylan BARIN*

ÖZET

Günümüzde ülkelerin tamamına yakını farklı kültürleri barındırmaktadır. Tarihten günümüze kültürel azınlıkları korumak ve azınlık ile çoğunluk kültürü arasındaki muhtemel çatışmaları önlemek amacıyla çeşitli çabalar sarf edilmiştir. Küreselleşme kültürel olarak homojen devletin gerçekleşmeyeceğini kanıtlarken, her bir ülkedeki çoğunlukları, çoğulculuk ve çeşitlilik fikrine yöneltmiştir. Küresel iletişim dünyasında etnik ve ulusal kimlikler değişime uğrarken, çokkültürlülüğün karşı çıkışı ise devam etmektedir. Çağımızda liberal teori ve modern devletler “çokkültürlülük teorisi” ile kültürel sorunların üstesinden gelmeyi hedeflemektedir. Bu hedefe ulaşmada çokkültürlülük teorisi, nötr bir kavram olarak liberal kültürü dayatmaktadır. Liberal değerler ise pek çok manada azınlık kültürleriyle çatışmaktadır. Bu çalışmada kültür kavramı ile çokkültürlü toplum kavramı ve çokkültürlülük teorisi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Liberalizm, Kültür, Çokkültürlü Toplum, Azınlık Hakları, Çokkültürlülük Teorisi.

* Bu makalenin ilgili kısımlarında Çokkültürcülük Teorisi ve Ulus-Devlet Anlayışına Etkileri başlıklı yüksek lisans tezimizin ilk bölümünden faydalanılmıştır. Barın, Taylan (2011) Çokkültürcülük Teorisi ve Ulus-Devlet Anlayışına Etkileri, (Yüksek Lisans) Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü. Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi tbarin@ybu.edu.tr

A LIBERAL APPROACH TO LIVING TOGETHER: MULTICULTURALISM THEORY

ABSTRACT

Most countries today are culturally diverse. Various efforts have been made historically to protect cultural minorities, and to regulate the potential conflicts between majority and minority cultures. Globalization has made the myth of a culturally homogeneous state even more unrealistic, and has forced the majority within each state to be more open to pluralism and diversity. The nature of ethnic and national identities is changing in a world of global communication, but the challenge of multiculturalism is here to stay. In our ages liberal theory and modern states aim to deal with cultural problems by Multiculturalism Theory. However, this theory imposes liberal culture as a neutral form of culture. On the other hand liberal values conflict with minority culture in some manner. In this study, the concept of culture and multicultural society and multiculturalism theory are investigated.

Key Words: Liberalism, Culture, Multicultural Society, Minority Rights, Multiculturalism Theory.

GİRİŞ

Devletin kurucu unsuru olan “insan topluluğu” 21. yüzyılda belki de tarihte hiç görülmediği kadar kültürel çeşitliliği ve farklılığı barındırır hale gelmiştir. Liberal devlet anlayışının Batılı demokrasilerde geniş kabul görmesi, devletin kültürler karşısında “tarafsız” olması gerekliliği sonucunu doğurmuştur. Bu sonuç, devlet içerisinde yaşayan alt kültürlerin, devletin “egemen” kültüründen taleplerini de beraberinde getirmiştir. Pek çoğu hukuki olan bu talepler ve bu taleplere devletlerin verdiği yanıtlar teorik ve pratik çerçevede bu makalenin konusunu oluşturmaktadır.

Tarihten günümüze neredeyse bütün toplumlar bir şekilde çokkültürlü olmuşlardır. Devletlerin bu kültürel çeşitliliğe verdikleri reaksiyonlar ise değişkenlik göstermiştir. Kimi zaman devletler bu çokkültürlü yapıyı korumak için çaba sarf etmişler, kimi zaman bu yapıyı görmezlikten gelmişler, kimi zaman da türdeş toplum oluşturma gayesiyle alt kültürler ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Şu açıktır ki, toplumlardaki kültürel çeşitlilik hiçbir zaman ulus-devletler çağında olduğu kadar soruna yol açmamıştır. Ulus-devlet idealinin, kültürel çeşitlilikle çeliştiği kabul edilmektedir. Bu nedenle ulus-devlet, kendisini ulusun türdeşlik ideali üzerine inşa ederken toplumdaki farklılıklara verdiği reaksiyon tarihteki en sert uygulamaları da beraberinde getirmiştir.

Çokkültürlülük ideali/düşüncesi burada ortaya çıkmakta ve ulus-devletin farklılıklara yaklaşımını değiştirmeye çabalamaktadır. Çokkültürlülük, işe ilk olarak kültürün ve kültürel aidiyetin önemini tanımakla başlar. Daha sonra toplumda yaşayan tüm kültürlerin değerli olduğunu kabul eder ve kültürlerin, kültürel aidiyetin, kültürel grupların ve kültürel gruba mensup bireylerin ahlaki bakımdan savunulabilir, eşit bir şekilde toplumda yaşayabilmelerinin bir formülünü bulmaya çalışır.

Çokkültürlülük farklılıkların egemen kültürle eşit bir biçimde yaşamasını savunurken siyaset teorisinde çok fazla eleştirilmiştir. Çokkültürlülük uygulaması imkânsız, evrensel insan hakları kazanımlarını yıkmaya çalışan, kendi içinde tutarsız, küresel kapitalizmin yeni yüzü vb. gibi çok çeşitli yönlerden tenkit edilmiştir.

Çokkültürlülüğün siyaset felsefesinde tartışılmaya başlanması ise temel olarak kültüre ilişkin liberal bir perspektifin gelişmesiyle başlamıştır. Ortodoks liberalizmin bireyi merkez alarak toplumu bağımsız bir değer olarak kabul etmektense yalnızca bireylerin birlikteliğinden müteşekkil bir yapı algılaması

sına, cemaatçilik/toplumsalcılık (communitarianism) akımı tarafından çeşitli eleştiriler yöneltmiştir¹. Ardından liberal teoride “kültür” kavramının önemi fark edilmiş, kültür kavramı dışına çıkmadan liberal teorinin hayata geçirilmesinin imkân şartları araştırılmış ve çokkültürlülük anlayışı geliştirilmiştir. Makalemizde ele alınacak bu liberal çokkültürlülük anlayışı esas olarak Will Kymlicka tarafından savunulmaktadır².

Liberal teorisyenlerin mutlak nötr bir anlayış olarak savundukları liberalizmin, devletin mutlak yansızlığı ile eşanlamlı olduğunu iddia etmek oldukça güçtür. Nitekim liberal nötr devletin, gerektiği durumlarda azınlık kültürlerine müdahale edebileceği çokkültürlülük teorisyenlerince de kabul edilmektedir³. Liberal devletin kültürlere müdahalesine hoş bakmayan Kukathas gibi teorisyenler ise bireylere “kültürünü terk etme hakkı”⁴ tanınması gerekliliğini savunmaktadırlar. Bu yaklaşımda bireyi kendi kültürünü terk etme hususunda cesaretlendirecek şey ise girebileceği toplumun liberalliği olmaktadır.

Görüldüğü üzere günümüzde kültürlerin bir arada yaşayabilmesi ihtimali evvela liberal teoriyi takdis ederek var olabilmektedir. Liberaller arasındaki tartışma ise kültürlerin özgürce yaşama hakkını bulabilecekleri yegane sistem olan liberalizmin yalnızca terk etme hakkı tanımmasının yeterli olup olmadığı ve nötr liberal devletin kültürlere müdahalesinin sınıрыyla ilgilidir.

-
- 1 Bu akımın fikri temelleri John Rawls tarafından *A Theory of Justice* başlıklı kitabında atılmış daha sonra ise Alasdair MacIntyre, Michael Sandel, Charles Taylor ve Michael Walzer gibi teorisyenlerce geliştirilmiştir. Rawls, John (1971) *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press.
 - 2 Konu Will Kymlicka tarafından şöyle ifade edilmektedir: “*Liberallerin birçoğu azınlık haklarının doğaları gereği bireysel özerkliğe bir tehdit oluşturduğu, yani azınlık haklarının amacının, cemaatçi gelenekleri özerk bireysel tercihlerin aşındırıcı etkisinden korumak olduğu kamsındadır. Bu kitaptaki amaçlarımızdan biri bazı azınlık haklarının, bireysel özerkliği engellemek bir yana, aslında bireysel özerkliğin etkili uygulanması ve gelişmesinin ön koşulu olduğunu göstermektedir.*” Kymlicka, Will (1995) *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, (Çeviren: Yılmaz, Abdullah (1998) *Çokkültürlü Yurttaşlık: Azınlık Haklarının Liberal Teorisi*, İstanbul, Ayrintı Yayınları) s. 15.
 - 3 “*Liberallerin amacı liberal olmayan ulusları çözmekten çok, onları liberalleştirmektir. Liberal reform görevi her toplumda tamamlanmayı beklemektedir.*” Kymclika, (1998) s. 154-155.
 - 4 Chandran Kukathas “right of exit” olarak isimlendirdiği kültürden çıkma hakkını kısaca, tüm kültürlerin içerisinde yaşadığı geniş bir liberal ortamın varlığı ile izah etmektedir. Liberal düzen bu teoride bireye dilemesi halinde içinde yaşadığı toplumsal kültürü terk etme ve hayatına bir başka kültür altında devam veyahut “nötr” liberal ortamda devam etme hakkı sunmaktadır. Bk. Kukathas, Chandran (1992) ‘Are There Any Cultural Rights?’, *Political Theory*, C: 20, S: 1, s. 105 – 139, özellikle s. 133-135.

Açıkçası mutlak adaletin liberal bir sistemin ihdası ile gelebileceğine inanılması, en azından liberalizmin “nötr”lüğünden şüphe edilmemesi, çokkültürlülük teorisine yaklaşım açısından zihin konforunu sağlamaktadır.

Çokkültürlülük, bir toplumda birden fazla kültürün yaşaması halinde egemen kültür ile diğer kültürler (alt-kültürler) arasındaki ilişkiyi incelemektedir. Çokkültürlülüğe dair bilhassa İngilizce literatürde oldukça fazla eser olmasına rağmen, çoğu kültür kavramına dair geniş açıklamalardan veya kültür kavramının derinlemesine bir analizinden kaçınmıştır. Bu konu daha ziyade kültürel çalışmalar alanını ilgilendirmekteyse de kanaatimizce çokkültürlülüğü enine boyuna tartışmadan evvel kültüre dair bir açıklama yapmak zaruridir. Bu zarureten ötürü biz çalışmamıza kültür kavramına ilişkin açıklamalarla başlayacağız. Ardından yine çokkültürlülük için vazgeçilmez olan çokkültürlü toplum kavramını inceleyeceğiz. Bu aşamada kültürel grupların egemen kültürden taleplerini şekillendirdiği için çokkültürlü toplum oluşum şekilleri üzerinde durulacak; ayrıca tarihten günümüze çokkültürlü topluma yaklaşım şekilleri de, bugünkü çokkültürlülüğü etkilediği ve hatta ortaya çıkmasını sağladığı için tartışılacaktır.

I. ÇOKKÜLTÜRLÜLÜK İÇİNDE “KÜLTÜR”ÜN YERİ

Sosyal bilimlerde “kültür”e ilgi gün geçtikçe artmaktadır ve neredeyse her sosyal bilim dalı kültür kavramıyla irtibatlıdır. Bu yoğun ilgiye rağmen kültürün tanımını yapmak, hudutlarını çizmek, bir meselenin kültür kavramının neresinde kaldığını tespit etmek oldukça zordur. “Kültür” kavramı farklı manaları ihtiva etmekte ve çeşitli şekillerde kullanılmaktadır. Siyaset felsefesi ve biliminde kültür, en sık, grupların ayırt edici özelliklerini belirtmek suretiyle birbirinden tefrik etme aracı olarak kullanılmaktadır. Bir ayırt etme aracı olarak kültür; bir devlet içinde yaşayan en küçük gruplardan, küresel boyutlardaki farklılıklara kadar aynı şekilde kullanılmaktadır⁵.

Latince kökenli olan kültür kelimesi, “*Cole - ere*” kökünden türemiştir. İngilizce ve Fransızca karşılığı “culture”, Almanca karşılığı ise “kultur”dur. Cult kök olmak üzere «cultivable, cultivate, cultivation, cultivator; culture, cultural, culturist, colony” kelimelerinin tamamı yine aynı kökten türemişlerdir⁶.

5 Kymlicka (1998), s. 130.

6 Partridge, Eric (2006) Origins, A Short Etymological Dictionary of Modern English, “cult” maddesi, s. 726.

“Cultivate” kelimesi belirli bir toprağı ekip-biçmek manasına gelmektedir. Bu itibarla kavram, kelime kökeni itibarıyla uygarlık tarihindeki yerleşik hayata geçmeye gönderme yapmaktadır. Burada toprak ile insan arasında di-yalektik bir etkileşimden bahsetmek mümkündür. İnsan toprağı ekip-biçmekte, ondan gelecek mahsulü beklemektedir. Aynı zamanda toprak da insanı ve insanoğlunun aklını ekip-biçmektedir. İnsanoğlunun yerleşik hayata geçmesi ile birlikte toplum oluşmakta, dil, edebiyat, sanat, örf-adet vb. gibi pek çok mü-essese de eşzamanlı oluşarak kültürü meydana getirmektedir. Bu müesseseler vasıtasıyla da kültür insanoğlu üzerinde etkisini göstermekte, başka bir deyişle insanoğlunu ekip-biçmektedir. Terry Eagleton bu hususu şu şekilde ifade etmektedir:

“... kelime, kendi anlam haritasını çıkarırken insanlığın kır yaşamından kent yaşamına, domuz besiciliğinden Picasso'ya, toprağı işlemeden atomu parçalamaya uzanan tarihsel değişimi de gözler önüne serer.”

Avrupa'da genel olarak kültür (culture), medeniyet (civilization) ile aynı manada kullanılmaktadır. Ancak Almandada kültür (kultur), Türkçedeki “kültürlü” sıfatının kullanım şekline benzer bir şekilde kişinin kendisini sanat, edebiyat, müzik ve bireysel alanlarda geliştirmesine gönderme yapmaktadır. İngiliz - Amerikan sosyal teorisinde ise kültür hayat tarzı olarak kullanılmaktadır⁸.

Kelimenin etimolojik kökeni ve sözlük anlamı bize açıkça göstermektedir ki “kültür” insan ürünüdür. Bu tespit, kavramın din ile olan ilişkisini değerlendirebilmemiz açısından önemlidir. Din, kültürün çok önemli bir öğesi olmasına rağmen kültür ile aynı kökten beslenmemektedir. Din, kültürün içinde yer alır, fakat kültürü aşkın bir öğedir. Din, kültürü etkiler ve kültürden etkilenir. Din; kültürleri, medeniyetleri, toplumları, kişileri vs. insana dair her şeyi derinden etkileyen bir öğedir ve neticede insan ürünü değildir. İnsan tarafından yetiştirilmemiştir (İngilizcedeki manasıyla cultivate edilmemiştir). Böyle olunca dine dair uyumsuzluklarda -her ne kadar seküler devlet düzenleri içerisinde tartışsak da- çokkültürlülük siyaseti fazla yol kat edemeden çıkmaza girmektedir. Başka bir ifadeyle seküler çokkültürlülük, insanlardan, değiştiremeyecekleri bir kutsala müdahale etmelerini salık verebilmektedir.

Kültürün hangi ölçekte anlaşılması gerektiğini belirlemek amacıyla “toplumsallık kültürü” (societal culture) Will Kymlicka tarafından ortaya atılmış bir kavramdır. Toplumsallık kültüründen “*hem kamusal hem de özel alan-*

7 Eagleton, Terry (2000) *The Idea of Culture*, Oxford, Blackwell Publishing, (Çeviren: Çelik, Özge (2005) *Kültür Yorumları*, İstanbul, Ayrıntı Yayınları) s. 10.

8 Jenks, Chris (2005) *Culture*, 2. Baskı, New York, Routledge, s. 9.

ları kucaklayarak, üyelerine sosyal, eğitsel, dinsel, eğlenceye ilişkin ve ekonomik hayat dâhil olmak üzere tüm insan etkinliklerinde anlamlı hayat tarzı sağlayan bir kültür” kastedilmektedir. Aynı zamanda bu kültürler belli bir toprak parçasında yaşarlar ve ortak bir dile sahiptirler⁹.

Toplumsallık kültürü, bireyin tüm hayatına nüfuz ederken bir taraftan da türdeş bireyler meydana getirip grup ölçeğinde homojenliği doğurur. Bu homojenlik milliyetçiliğin beslendiği kaynaklardan biri olan kültürel türdeşlik fikrine de hizmet etmektedir¹⁰. Başka bir ifadeyle, toplumsallık kültürleri, belirli bir halk veya ulus tarafından kabul edildiği için ve o topluluğun ayırt edici özelliğini içerdiği için aynı zamanda “ulusal kültür” olmaya da adaydır¹¹. Nitekim bireylerin kendilerini bir millete ait hissetmeleri de, o milletle olan kültürel müştereklik hissine dayanmaktadır¹². Milli kimliği oluşturan unsurlardan birisi de hiç şüphesiz müşterek kamusal kültürdür¹³. Bu makalede aksi belirtilmediği müddetçe kültür, burada tartışılan toplumsallık kültürü ile aynı anlamda kullanılmaktadır.

Modood, “Kültürler ve kimlikler önemlidir, çünkü taşıyıcıları onlara önem atfetmişlerdir” diyerek sade bir formülasyonla bunu veri olarak kabul etmemiz gerektiğini ifade etmiştir¹⁴. Biz burada kültürün önemini açıklarken, azınlık haklarının liberal teorisini geliştirmeye çalışan Kymlicka tarafından yapılan ayrımları takip edeceğiz. Kymlicka, teorisini açıkça “liberal teori” olarak adlandırarak, teorisini içerisindeki kültürün yerinin, cemaatçiler¹⁵ veya Marksistler açısından kültürün yerinden ayrı olduğuna en başta dikkat çeker. Kymlicka, teorisini liberal bir kavram olan bireycilik (*individualism*) üzerine inşa etmeye çalışmaktadır¹⁶.

Liberal bireysel özgürlüğün ve dolayısıyla iyi bir hayat sürmenin önkoşullarından ilki bireylerin hayatlarını kendi değer yargılarına göre içten yönlendirmeleridir.

9 Kymlicka (1998), s. 130.

10 Coşkun, Vahap (2009) Ulus-Devletin Dönüşümü ve Meşruluk Sorunu, Ankara, Liberte Yayınları, s. 22.

11 Kymlicka (1998), s. 135.

12 Gilbert, Paul (1998) Philosophy of Nationalism, Colorado, Westview Press, s. 132.

13 Miller, David (1995) On Nationality, New York, Oxford Publications, s. 25.

14 Modood, Tariq (2008) Multiculturalism, Cambridge, Polity Press, s. 66.

15 İngilizce karşılığı “communitarianism” olan kavram Türkçede “cemaatçilik”, “toplulukçuluk” veya İngilizce kelimenin Türkçe okunuşuyla “komüniteryanizm” şeklinde karşılmaktadır. Biz kavramı karşılamak üzere Türkçe siyaset felsefesi ve bilimi kaynaklarında en sık kullanılan ve kavramı da iyi karşıladığına inandığımız cemaatçiliği kullanmayı tercih ettik. Her ne kadar cemaat kavramı Türkçede bir takım dini grupları tarif etmek için kullanılsa da cemaat aslında Arapça topluluk kavramının karşılığıdır ve dini gruplara referans vermeksizin gruba veya topluluğa da işaret etmektedir.

16 Kymlicka, Will (2001) Politics in the Vernacular, New York, Oxford Publications, s. 18.

dirmesidir. İkincisi ise seçilen bu değer yargılarının sorguya açık olmasıdır¹⁷.

Liberal bireysel özgürlüğün tarifinden sonra sıra bireylerin bu seçimleri nasıl yapacaklarına gelir. Bireyler bu seçimi hangi seçenekler arasından yapacaklardır? Bu seçenekleri anlamlı kılan nedir? Kymlicka bu soruların tamamına kültür yanıtını vererek kültürün bu işlevini kısaca şöyle tarif eder: Bireyler hayatlarına nasıl yön vereceğine dair kararı verirken kendi kültürlerinin onlara sunmuş olduğu uygun ihtimaller arasından bir seçim yaparlar¹⁸. Ancak kültürün işlevi yalnızca seçenekleri sunmak değildir. Kültür aynı zamanda bu seçenekleri bireyler için anlamlı da kılmaktadır.

Problem hem liberalizm hem de diğer ideolojiler için buradan sonra başlamaktadır. Burada ortaya çıkan problemleri siyaset felsefesi açısından iki şekilde tasnif edebiliriz. Bunlardan ilki kültürün/kültürel grubun üyeleri ile olan ilişkisi, yani kültürün, üyeleri üzerindeki tasarruf hakları, üyelerin kültürlerini sorgulama ve kültürlerinden çıkma hakları, kültürün egemeni ile üyeleri arasındaki ilişki ve benzer kavramlar. Diğer problemler alan ise bir toplumda birden fazla kültürün yaşaması halinde ortaya çıkması kuvvetle muhtemel olan kültürler arası çatışmalar ve devletin bu çatışmalardaki rolüdür.

II. ÇOKKÜLTÜRLÜ TOPLUM

Bu başlık altında “kültür”lerin bir arada yaşaması hali incelenecektir. Kavramsal çerçevede ilk olarak İngilizce bir terim olan “multiculturalism”in Türkçedeki karşılığını tartışacak, daha sonra çokkültürlü toplum oluşum şekilleri başlığı altında bir toplumun birden fazla kültürü barındırmasının nedenlerini araştıracağız.

A. KAVRAMSAL ÇERÇEVE: “ÇOKKÜLTÜRLÜLÜK” / “ÇOKKÜLTÜRCÜLÜK” DİKOTOMİSİ

Çokkültürlülüğe dair bir çalışma İngilizce “multiculturalism” teriminin Türkçedeki karşılığını bulmakla işe başlamalıdır. Bu konu hakkında eser vermiş yazar ve çevirmenlerimiz genelde, başlıkta belirtilen “çokkültürlülük” ve “çokkültürcülük” seçeneklerinden birini seçtikten sonra neden böyle bir seçim yaptıkları veya diğerini neden tercih etmedikleri hakkında açıklama yapmaktan kaçınmışlardır. Mevzu genel itibarıyla bu kavramlar üzerinden tartışıl-

17 Kymlicka (1998), s. 137.

18 Kymlicka, Will (1992) ‘The Rights of Minority Cultures: Reply to Kukathas’, Political Theory, C: 20, S: 1, s. 140-146, s. 140.

masına rağmen Türkçede halen üzerine ittifak edilmiş bir kullanımı mevcut değildir.

Kanaatimizce “multiculturalism”in aslına en uygun çevirisi, “çokkültürcülük”tür. Şöyle ki; bir toplum şayet birden fazla kültürü içinde barındırıyorsa o toplum “çok-kültürlü toplum” olarak tanımlanabilir ve bu halin adı “çokkültürlülük”tür, yani İngilizcede “multiculturality” ye veya “multiculturalness” a karşılık gelir. Bu haliyle “çokkültürlülük” bir ideolojiden ziyade bir duruma, bir hale işaret etmektedir. Başka bir ifadeyle “çokkültürlülük, bir toplumda kültürel bakımdan anlamlı farklılıklar gösteren sosyolojik kategorilerin bulunması durumudur¹⁹.” “Çokkültürcülük” ise içinde bir ideali barındıran normatif bir kavrama gönderme yapmaktadır. “Çokkültürcülük toplumsal çeşitliliğin belli biçimlerinin (kolektif kimliklerin) kamu alanına siyasi araçlar kullanılarak yansıtılmasını esas alan bir değerler ve uygulamalar bütünü ifade etmektedir²⁰.” Nitekim sonu “-ism” ile biten kavramlar genelde Türkçeye ya oldukları gibi alınmış ya da “-cülük, -cilik ...” gibi belli bir ideali, ideolojiyi içinde barındıracak şekilde tercüme edilegelmiştir. Çokkültürcülük şeklinde tercümenin hem ideolojiyi iyi yansıttığı hem de Türk çeviri geleneğine daha bağlı kaldığı savunulabilir bir görüştür. Nitekim Türkçe literatüre önemli katkıları bulunan ve çalışmamızda da eserlerinden yararlandığımız bazı yazarlar da “çokkültürcülük”ü tercih etmektedir²¹.

Aslında kavramın “çokkültürcülük” şeklinde kullanımı teorii daha iyi yansıtmaktadır fakat Türkçede kavram daha yoğun olarak “çokkültürlülük” şeklinde kullanılmaktadır. Bu sebeple biz de makalemizde “galat-ı meşhur lügat-ı fasihten evladır” prensibine bağlı kalarak “çokkültürlülüğü” kullanmayı tercih ediyoruz²².

B. ÇOKKÜLTÜRLÜ TOPLUM OLUŞUM ŞEKİLLERİ

Bir toplum için çokkültürlülüğün tartışılabilmesi, o toplumun çokkültürlü olması şartına bağlıdır. Bununla beraber toplumun neden, nasıl, hangi süreçlerden geçerek çokkültürlü hale geldiği de önem arz etmektedir. Peki, bir

19 Yürüşen, Melih (1998) Çeşitlilikten Özgürlüğe: Çokkültürlülük ve Liberalizm, Ankara, LDT Yayınları, s. 107.

20 Yürüşen, s. 107.

21 Melih Yürüşen, Ayhan Kaya, Hüseyin Kalaycı bunlardan bazılarıdır.

22 Yüksek lisans tezimizi yazdığımız 2010 yılında biz de kavramın “çokkültürcülük” çevirisini benimsemiştik. Ancak aradan geçen süre zarfında konunun “çokkültürlülük” olarak ifade edilmesinin giderek yaygınlaşması bizi de bu kullanımı kullanmaya itmiştir.

toplumun çokkültürlü olmasını neden veri olarak almıyoruz da bunun nedenlerine bakıyoruz? Başka bir ifadeyle toplum her nasılsa çokkültürlü olmuştur. Bu yapının nedenleri yerine, sadece çokkültürlü toplumu tüm bireyler için benzer seviyede yaşanılabilir hale getirecek önerileri tartışmamız lazım gelmez mi? Bu aslında kulağa hoş gelen ve adaletin gerektirdiği bir husus gibi görünse de çokkültürlü yapının oluşum süreci bilhassa azınlık kültürlerinin talepleri açısından dikkate alınmalıdır.

Çokkültürlü toplum oluşum şekillerini temel olarak iki alt başlıkta toplayabiliriz: Bunlardan ilki devletlere ilişkin değişiklikler, ikincisi ise nüfus hareketleridir.

1. Devlete Dair Değişiklikler

20. yüzyılın ilk yıllarında bağımsız devlet sayısı 50 civarında iken bu sayı 1989'da 160'a çıkmış şimdilerde ise 200'e yaklaşmıştır²³. Bugün Birleşmiş Milletler'e üye 193 devlet bulunmaktadır²⁴.

Dünya eskiye nazaran daha fazla devlete bölündüyse de yeni devletler de tıpkı eskileri gibi çokkültürlü yapıdadırlar. Yani devlet sayısındaki bu artış sanılanın aksine homojen toplum beklentilerine yeterince cevap verebilmiş değildir.

a. İmparatorlukların Dağılması

19. yy'ın sonları ile 20. yy'ın başları imparatorlukların tasfiyesine ve yeni ulus-devletlerin ortaya çıkmasına sahne olmuştur. Yeni ulus-devletler imparatorlukların çokkültürlü bakiyesini devralmışlardır. Bağımsız devlet kurabilecek güçte olan azınlıklar ise bu güçlerini kullanarak bağımsızlıklarını ilan etmişlerdir. Her bağımsız devlet kuran azınlık grubu aslında bu kurmuş olduğu yeni devletle birlikte kendi azınlıklarını da kaçınılmaz olarak beraberinde getirmiştir²⁵. Yeni kurulum kurulmadığına bakılmaksızın ulus-devletlerin azınlıklara yaklaşımı ise imparatorluklarınkinden oldukça farklı olmuştur. Ulus-devletler soykırımdan nüfus mübadelesine kadar pek çok acı olayların yaşanmasına sebebiyet vermişlerdir.

23 Doytcheva, Milena, *Le Multiculturalisme*, Paris, La Découverte, coll., (Çeviren: Akıncılar Onmuş, Tuba (2009) *Çokkültürlülük*, İstanbul, İletişim Yayınları), s. 10.

24 En son üye 2011 yılının Haziran ayında yapılan referandum sonucu Sudan'dan ayrılarak, 14 Temmuz 2011 tarihinde Birleşmiş Milletler'e kayıt olan Güney Sudan Cumhuriyeti'dir. <<http://www.un.org/en/members/growth.shtml#2000> > s.e.t. 26.04.2016.

25 Hardt, Michael & Negri, Antonio (2000) *Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press. (Çeviren: Yılmaz, Abdullah (2005) *İmparatorluk*, 5. Basım, İstanbul, Ayrintı Yayınları), s. 122-126.

b. Devletlerin Gönüllü Ayrılması

Devletlerin gönüllü ayrılması tarihte de günümüzde de pek sık rastlanılan bir durum değildir. En sık verilen örnek 1905 yılında Norveç'in İsveç'ten ayrılmasıdır. Bu örnekte bir devletten iki tane sağlıklı demokrasi doğmuştur. Yakın tarihte devletlerin gönüllü ayrılması yolu ile yeni devlet oluşturmasına bir yenisi daha eklenmiştir (Güney Sudan). 20 yıllık bir iç savaşın ardından 2005 yılında Sudan'ın kuzey kısmı ile güney kısmı ateşkes imzalamış ve ayrılık için referandum yapılacağına dair karar alınmıştır²⁶. Sudan'ın kuzeyinde nüfusun çoğunluğunu Müslümanlar oluşturmaktayken güneyinde ağırlıklı olarak Hıristiyanlar yaşamaktaydı. Hıristiyanlar yeni devletlerini kurdukları gün bu sefer de Müslümanlar Güney Sudan'da azınlık konumuna düşmüşlerdir. Yani eski azınlık, yeni çoğunluk olmuş ve bu defa kendi azınlığını yeni devletle eş zamanlı olarak oluşturmuştur. Habermas'ın ifadesiyle, "Ulus-devletlerin oluşum tarihinin de gösterdiği gibi, yeni ulusal sınırlar, yeni ulusal azınlıklar ortaya çıkarır²⁷".

c. Fetihler ve Sınırların Genişlemesi

20. yüzyıl ve içinde bulunduğumuz yüzyıl için çok şey ifade etmese de birden fazla kültürün ve ulusun aynı egemenlik sahasında azınlık olarak yaşamasına verilebilecek en güzel örnek belki de budur. Çünkü belirli bir toprak parçasını üzerinde yaşayan insanların çoğu zaman savaş neticesinde egemenlik sahası içine dâhil edilmesi ve yeni egemenin belirlenmesi siyaset felsefesi açısından pek çok krizi içinde barındırabilecek bir ihtimaldir.

2. Nüfus Hareketleri

Devletlerin çokkültürlü olmasının ikinci büyük sebebi de dünyadaki nüfus hareketleridir. Uluslararası göçmenlerin sayısı dünya nüfusunun yaklaşık % 3'üne (175 milyon) yakındır²⁸. Bu sayı artmaya devam etmekte olup, 2015 yılı itibarıyla 215 milyona ulaşmıştır²⁹. Göçmenlerin sayısındaki bu artışın çeşitli sebepleri vardır. Sanayi devrimi sonrası kalkınmış devletlerin yeni iş olanaklarıyla beraber işçileri kabul etmesi, fakir ülkelerden zengin olanlara

26 <http://en.wikipedia.org/wiki/Southern_Sudan> s.e.t. 27.04.2016.

27 Habermas, Jürgen, 'Demokratik Anayasal Devlette Tanınma Savaşımı', (Almancadan İngilizceye Çeviren: Nicholzen, Shierry Weber, İngilizceden Çeviren: Doğan, Mehmet H. Doğan) içinde, Gutmann, Amy (Editör)(2005) Çokkültürcülük: Tanınma Politikası, 2. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları. s. 113 - 146. s. 128.

28 Doytcheva, s. 11.

29 <<http://www.unfpa.org/pds/migration.html>> s.e.t. 27.04.2016

doğru göç hareketleri belki de en önemlileridir³⁰.

Göç, çokkültürlülük çalışan siyaset bilimcileri meşgul eden konuların başında gelmektedir ve bu konuda literatürde bir hayli çalışmaya rastlamak mümkündür. Göçün çokkültürlülük açısından bu kadar önemli olmasının sebepleri arasında, göçün gönüllü olup olmamasına göre göçmenlere sağlanması gereken haklar bakımından teoride yapılması gereken ayırım gelmektedir.

Kendi yaşadığı kültürü hiçbir zorlayıcı sebep olmaksızın gönüllü olarak terk ederek yeni bir ülkeye yerleşmiş olan göçmene sağlanması gereken haklarla sözgelimi bir sömürgeci çıkararak sömüren ülkenin sınırları içinde yaşamaya karar veren göçmene sağlanması gereken haklar arasında farklılıklar olması gayet doğaldır. Ancak, gönüllü göçün de ne kadar gönüllü olduğunu tespit etmek oldukça güçtür. Zira göç başlı başına çok zor bir karardır ve göçmenler kendileri için anlamlı seçenekleri ihtiva eden kültürlerini terk etmeye karar vermektedirler.

III. ÇOKKÜLTÜRLÜ TOPLUMA YAKLAŞIM MODELLERİ

Toplumlar bugün olduğu gibi geçmişte de kültürel farklılıkları barındırıyorlardı. Devletlerin bu farklılıklara verdiği reaksiyonlar tarihin seyri içinde çok çeşitli olmuştur. Özellikle ulus-devlet öncesi devletlerin farklılıklara verdiği reaksiyonlarda çeşitliliğin varlığı çok belirgindir. Bugün dünya genelinde yaygın olarak benimsenen ulus-devlet modelidir. Ulus-devletin tarih sahnesine çıkmasıyla birlikte farklılıklara yönelik politikalar dünya genelinde neredeyse yeknesaklık içinde uygulanmıştır. Bu da ulus-devletin, kendisini temelde tanımladığı bir kültür üzerine inşa etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu inşa neticesinde toplumdaki farklılıklar diğer bir deyişle alt-kültürler ulus-devlet öncesine göre ayrı bir önem arz etmeye başlamış, çoğu örnekte bu alt-kültürler kültürel birlik idealini tehdit eden unsurlar olarak yorumlanmıştır³¹.

Farklılıklara karşı bu yaklaşım neticesinde ulus-devletlerde farklılıkları yok etmeye yönelik bir temayül ortaya çıkmıştır. Özellikle XIX. ve XX. yüzyıllarda farklılıkları bertaraf etmeye yönelik hiçbir kural tanımayan politikalar uygulanmıştır. Ancak kişi hak ve hürriyetlerinin eskiye nazaran devletler

30 Balı, Ali Şafak (2001) Çokkültürlülük ve Sosyal Adalet, Konya, Çizgi Kitapevi Yayınları, s. 195.

31 Örucü, Esin (2011) ‘Diverse Cultures and Official Laws: Multiculturalism and Euroscepticism?’, Law & Justice Review, C: 1, S: 2, s. 63-84, s. 64.

nezdinde daha fazla güç kazanması, zaman içinde devletlerin azınlık kültürlerine yaklaşımlarını da ciddi biçimde etkilemiştir. Bu da farklılıklara karşı devletlerin uygulayacağı politikaları şekillendirmiştir. Günümüzde azınlıklara karşı iki tane kamusal politikanın yaygın olduğunu söyleyebiliriz; bunlardan ilki ulusal, etnik ve toplumsal çeşitliliği yönetmek isteyenler, ikincisi ise buna zorunlu olanlar³².

Parekh, bugün ile geçmişi ayırırken dört önemli noktadan bahseder. Bunlardan ilki azınlıkların taleplerine ilişkindir. Azınlıklar geçmişte baskın grupların kendilerine vermiş olduğu haklara razı olurken bugün eşitliğe dair politik haklar başta olmak üzere daha fazlasını talep etmektedirler. İkincisi, geçmişin acı tecrübelerinden de ders çıkararak sosyal bilimlerdeki değişimle birlikte kültürün politik açıdan öneminin anlaşılmasıdır. Üçüncüsü, küreselleşmenin toplumları ve kültürleri birbirine bağlayan etkisi sayesinde kültürel çeşitliliğin kaçınılmaz bir evrensel gerçek olmasıdır. Sonuncusu ise çağdaş çokkültürlü toplumların homojenleştirici ulus-devlet fikrinden sonra ortaya çıkmasıdır. Bu etki azınlık taleplerine çoğunluğun vermiş olduğu yanıtları hangi ilkelere göre vereceği konusunda ulus-devletlerde şaşkınlığa sebebiyet vermektedir³³.

Devletlerin farklılıklara verdiği reaksiyonları temelde ikiye ayırabiliriz. Bunlardan ilki ve bilhassa ulus-devletlerin tarihinde de sıklıkla başvurdukları yöntemleri içine alanı, farklılıkları bertaraf etmeye yönelik yaklaşımlardır. İkincisi ise ilk adım olarak farklılıkların varlığını kabul eden sonra da farklılıkları yönetmeye çalışan yaklaşımlardır³⁴.

A. FARKLILIKLARI BERTARAF ETMEYE YÖNELİK YAKLAŞIMLAR

Devletlerin kendi egemenlik sahası içerisinde yaşayan farklı gruplara karşı yaklaşımlarının ilki onları ortadan kaldırmaya yönelik olanlardır. Bilhassa ulus-devletin ortaya çıkmasını takip eden yaklaşık iki asır bu şekilde davranılmıştır.

32 McGarry, John & O'Leary, Brendan & Simeon, Richard 'Integration or Accomodation? The Enduring Debate in Conflict Regulation' : Choudhry, Sujit (Editör) (2008) Constitutional Design for Divided Societies s. 41 – 91.

33 Parekh, Bhikhu (2000) Rethinking Multiculturalism,, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, (Çeviren: Tanrıseven, Bilge (2002) Çokkültürlülüğü Yeniden Düşünmek, Ankara, Phoenix Yayınevi), s. 9 vd.

34 McGarry & O'Leary & Simeon, (2008), s. 46.

1. Farklılıkları “Şiddet” Kullanarak Ortadan Kaldıran Yöntemler

Farklılıklara yaklaşımdaki bir diğer yöntem onları yönetmektense yönetmemeyi başka bir ifadeyle yani ortadan kaldırmayı tercih etmektir. Uygur-
lık tarihi maalesef farklılıkları ortadan kaldırmaya yönelik pek çok girişime şahitlik.

a. Soykırım

Soykırım, “*Herhangi bir grubun belirli bir bölgenin kendilerine ait olduğu iddiasıyla, orada yaşayan başka bir grubun üyelerini ortadan kaldırması*”dır³⁵. Birleşmiş Milletlerin 1948 tarihinde kabul ettiği “Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi”nin 2. maddesinde soykırım şu şekilde tanımlanmıştır: “... ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen fiiller soykırım suçunu oluşturur.” Farklılıkları bertaraf etmeye yönelik en sert uygulama soykırım olmakla beraber bu uygulamanın onları yok etme saikiyle yapılması şarttır. Aksi halde ne belli bir gruba yönelik şiddetten ne de farklılıkları bertaraf etmeye yönelik bir uygulamadan bahsedebiliriz.

b. Kitleleri Göçe Zorlamak (tehcir) ve Nüfus Mübadelesi

Tehcir, göç ettirme anlamına gelir; nüfus mübadelesi ise karşılıklı iki veya daha fazla devletin egemenlik sahaları içerisindeki azınlıkları karşılıklı mübadele etmesi suretiyle homojenliğe ulaşma amaçlarına hizmet eden zorunlu göçü ifade etmektedir. Her iki durumda da gruplar ve bireylerin yaşamaları veya yaşamamaları gereken coğrafi alana kendileri değil, egemen devletler karar vermektedir. Bu şekilde devletler kendi egemenlik sahaları içerisindeki farklılığı ortadan kaldırmaktadırlar. Soykırım kadar olmasa da, göçe zorlama da olumsuz sonuçlar doğurmuş sert bir homojenleştirme uygulamasıdır.

2. Asimilasyon

“Assimilation” Latince “benzer hale getirmek” manasına gelen “assimilare” fiilinden türemiş bir isimdir. Siyaset felsefesi ve biliminde kullanılan anlamda asimilasyon, bir devletin egemenlik sahası içerisinde yer alan azınlık kültürlerinin, çoğunluk kültürü (egemen kültür) tarafından genellikle devlet

35 Mann, Michael (2005) *The Dark Side of Democracy: Explaining Ethnic Cleansing*, Cambridge: Cambridge University Press, s. 11.

eliyle ortadan kaldırılmak suretiyle azınlık kültürlerinin üyelerinin çoğunluğunkine dâhil edilmeleridir. Asimilasyon genelde ulus-devlet sonrasında ortak bir ulusal (milli) kimliğe ihtiyaç duyulduğu gerekçesiyle yapılmaktadır³⁶. Bilhassa ulus-inşa sürecinde kullanılan asimilasyona siyaset felsefesinde son yıllarda artan bir karşı çıkış söz konusudur. Siyaset felsefesi sahasında iki uçta yer alan liberal teori ile sosyalist teorinin asimilasyona yer yer aynı gerekçeyle itiraz ettikleri görülmektedir³⁷.

Tok, azınlık kültürlerinin asimilasyon yolu ile ana topluma dâhil edilmesinin “eğer kimliğini çıkartıp, söker atar ve *bizimkisini* benimsersen, *bizden biri* olursan o zaman refahımızdan, zenginlik ve imkânlarımızdan faydalanabilirsin” imasını taşıdığını iddia etmektedir³⁸.

Parekh, asimilasyonun kötü bir şey olmadığını, azınlık kültürlerinin kendi istekleriyle bu asimile olmayı tercih etmeleri halinde buna saygı duyulması ve hatta desteklenmesi gerektiğini söyler. Ancak çoğunluk kültürünün homojen olmadığını, sınıflara, dinlere ve bölgelere göre değişiklik arz edebileceğini belirtir ve azınlık kültürünün aslında hangi kültüre asimile olacağına nasıl karar vereceği hususunu problem olarak görür³⁹. Parekh'in asimilasyonun gönüllü olabileme ve çoğunluk kültürünün farklılık arz edebilme ihtimaline dair söyledikleri doğru, fakat eksiktir. Azınlık kültürleri de tıpkı baskın kültür gibi homojen değildir. Pek tabii çoğunluk kültürüne nazaran homojenlik gösterebilme imkânı daha fazladır. Ancak asimile olmaya dair verilen kararın kendisi dahi herhangi bir azınlık kültürünün tüm mensupları tarafından tamamıyla kabul edilmeyebilir.

Kanaatimizce azınlık tarafından alınan bu tür “gönüllü” kararların tamamına şüpheyle yaklaşılması gerekir. Çokkültürlü toplumların oluşum şekillerinde göç olgusunun “gönüllülüğüne” dair işaret ettiğimiz çekincelerin tamamı burada da geçerlidir. Mikro veya makro ölçekte “mazlum” olarak adlandırabileceğimiz her grubun veya bireyin kararında bazı baskıların olduğu varsayılabilir. Bundan da öte devletler bunu bilerek veya isteyerek tercih etmeseler dahi küreselleşme sonrası hayatın akışı azınlıkları asimile olmaya yönlendirebilmektedir. Tüm bu sebepler asimilasyonun gönüllülüğüne şüphe düşürür.

36 Kymlicka (1998), s. 92-128.

37 Kymlicka (1998), s. 121.

38 Tok, Nafiz (2003) *Kültür, Kimlik ve Siyaset*, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, s. 178.

39 Parekh, s. 251-253.

Örneğin Frankafon Kanadalıların Kanada'da tüm hakları tanınmasına ve resmi politikanın ikidillilik (bilingualism) olmasına rağmen Fransızca konuşanların sayısı gün geçtikçe azalmaktadır. İngilizce konuşanların yalnızca dörtte biri Fransızca bilirken Fransızca konuşanların dörtte üçü İngilizce bilmektedir⁴⁰. Bu tablonun ne kadar gönüllü olduğu ise tartışmalıdır. Fransız Kanada'sında yaşananlar kısmen küresel etkiyle açıklansa da son birkaç on yıla kadar ulus-devletlerin ekserisinin kendi azınlık kültürlerine dair tutumları asimile etme yönündedir. Bugün çokkültürlülüğü resmi politika olarak uygulayan Kanada'nın bile tarihi bu konuda karanlıktır. Laponce, Kanada'da 66'dan fazla yerel dilin öldüğünü veya ölmek üzere olduğunu söyler ve İngilizce ve Fransızcanın yerel diller üzerinde öldürücü bir etkisi olduğunu iddia eder⁴¹.

A.B.D.'de azınlıklara uygulanan resmi politika ise XX. yüzyılın başından bu yana "melting pot" yani "eritme potası"dır. Bu politika kabaca yeni bir kültür oluşturulması ve bu kültür oluşurken onu oluşturan her bir alt-kültürün belli ölçüde katkıda bulunması şeklinde işlemektedir. Burada belirtmek gerekir ki "eritme potası" ile "asimilasyon" arasındaki farkın yalnızca kelime oyunundan ibaret kalma olasılığı yüksektir⁴². 1970'lere gelindiğinde bazı kültürlerin erime taraftarı olmadığı daha net bir şekilde anlaşılmış ve eritme potası yerine salata kâsesi (salad bowl) şeklinde bir toplum inşasının mümkün olduğu sonucuna varılmıştır⁴³. Salata kâsesi modeli, kültürlerin yine bir arada yaşamasını öngörür fakat eritme potasının aksine bu modelde kültürler ayırt edici özelliklerini muhafaza etmeye devam ederler. Bu modelin inandırıcılığı da "eritme potası" modelindeki gibi ciddi kuşkular barındırmaktadır.

Netice itibariyle asimilasyon özellikle XX. yüzyılda ulus-devletlerin üzerinde ittifakla benimsedikleri bir proje olarak uygulanmıştır. Daha sonra kültürün ve kültürel aidiyetin değeri ve önemine dair teoriler farklı çözüm yolları üretme mecburiyetinde bıraktıysa da ortaya atılan teorilerin de asimilasyondan çok uzaklaşmadıkları görülmektedir. Şimdilerde entegrasyon gibi yeni "birlikte yaşama modelleri" asimilasyonun yerine geçmiş olsalar da onların da asimilasyon ile mesafeleri tartışmalıdır⁴⁴.

40 Kalaycı, Hüseyin (2010) *Ulus Devletin Başağrısı: Ayrılkçılık, Kanada Quebec Örneği*, Ankara, Liberte Yayınları, s. 80.

41 Laponce'dan aktaran Hüseyin Kalaycı (2010) s. 79, dipnot 86.

42 Baumann, Gerd (1999) *The Multicultural Riddle: Rethinking National, Ethnic and Religious Identities (Zones of Religion)* New York, Routledge Publications, (Çeviren: Demirakın, Işıl (2006) *Çokkültürlülük Bilmecesi: Ulusal, Etnik ve Dinsel Kimlikleri Yeniden Düşünmek*, Ankara, Dost Kitabevi) s. 83-84.

43 Calhoun, Craig 'Social Solidarity as a Problem for Cosmopolitan Democracy': Benhabib, Seyla & Shapiro, Ian & Petranovich, Danilo (Editörler) (2007) *Identities, Affiliations, and Allegiances*, Cambridge, Cambridge University Press, s. 285-302.

44 McGarry & O'Leary & Simeon, s. 41.

3. Bölünme / Ayrılma ve Halkların Kendi Kaderini Tayin Hakkı

Bir egemenlik sahası içerisinde yaşayan farklı uluslar özellikle de belli bölgelerde yoğunlaşmış ise zaman içinde ayrılma talep edebilmektedirler. Ayrılma talebini genellikle temsilde yaşanan sorunlar tetiklemektedir. Zira çoğulcu da olsa demokrasinin tabiatı gereği çoğunluk lehine, azınlık aleyhine kararlar alabilme potansiyeli vardır. Azınlık ulusları yeterince temsil edilemediklerini düşünürler ve özyönetim başta olmak üzere bu durumun düzeltilmesi için siyasal haklar talep ederler. Bu siyasal taleplere olumlu cevaplar verilmiş ve istenilen tüm haklar elde edilmiş olsa dahi azınlık uluslarının ayrılma isteklerinin dizginlenememe ihtimali devam edebilmektedir.

XX. yüzyılda uluslararası hukukta ulusal azınlıkların ayrılma talepleri, “halkların kendi kaderini tayin hakkı” (self-determination) olarak, yani bir “hak” olarak görülmüştür. 1945’e gelindiğinde 300’den fazla grup “kendi kaderini tayin hakkı” olduğunu iddia ediyordu⁴⁵. Bu hak Birleşmiş Milletler tarafından da 1966 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nce korunmaktadır. Sözleşmenin birinci bölümünde “kendi kaderini tayin hakkı” düzenlenmiştir. Sözleşme bağlamında “halk” kavramının neye tekabül ettiğine net bir şekilde karar verebilsek dahi “kendi kaderini tayin hakkı”na dair sorun bitmemektedir. Bu sefer “kendi kaderini tayin hakkı”nın sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Sözleşmenin ilk maddesinin birinci fıkrası “... halklar kendi siyasal statülerini serbestçe tayin edebilir ve ekonomik, sosyal ve siyasal gelişmelerini serbestçe sürdürebilirler” şeklinde devam etmektedir. Kendi kaderini tayin hakkı; bağımsız bir devlet kurarak, bağımsız bir birlik oluşturarak veya bir devlete entegre olarak veyahut ilgili halk tarafından özgürce karar verilecek başka bir siyasi durum oluşturmak suretiyle kullanılabilir⁴⁶. Yani nasıl kullanılacağına ve bu hakkın sınırlarına dair bir sınır yoktur. Kendi kaderini tayin hakkı bağımsız devleti şart koşturmakta, zımni olarak özyönetimi de tek başına yeterli görmemektedir. Kanaatimizce halk kavramı gibi buradaki kendi kaderini tayin hakkı kavramını da tarihsel bir yoruma tabi tutarak açıklayabiliriz. “Kendi kaderini tayin hakkı” sınırları belirlenmiş bir ülkede yaşayan halkın kendi kendini yönetmesine işaret etmektedir. Bu haliyle kendi kaderini tayin hakkı açıkça “egemenliğe” tekabül etmektedir⁴⁷.

45 Sambanis, Nicholas ‘Globalization, Decentralization and Secession: A Review of the Literature and Some Conjectures’, Cameron, David R. & Ranis, Gustav & Zinn, Annalisa (Editörler) (2006), Globalization and Self-Determination, New York: Routledge Publications, s. 199-233. s. 199.

46 Knop, Karen (2004) Diversity and Self-Determination in International Law, Cambridge, Cambridge University Press, s. 66.

47 Sambanis, s. 199.

Azınlık gruplarını “tek”leştirmeye yönelik politikalar onların kimlik olgularına saldırdığı müddetçe muvaffak olacak gibi görünmemektedir. Zira azınlıklar bu tür girişimleri kendilerini bir arada tutan kimlik olgularına doğrudan tehdit olarak yorumlamakta ve toplumsal açıdan daha kötü sonuçlar doğurabilecek şekilde mukabelede bulunmaktadır⁴⁸. Böyle olumsuz bir ihtimalin ortaya çıkmasındansa gönüllü ayrılma yani; asimile olmayı reddeden ulusal azınlıkların ayrılıp yeni bir devlet kurmaları savunulmuştur⁴⁹.

Kanaatimizce ulus-devletlerde yaşanılacağı gibi devlete bir kutsiyet atfedilmemeli, fakat ayrılma da sorunların çözümü olarak görülmemelidir. Zira dünya birbirinden keskin sınırlarla ayrılamayacak kadar zengin din, dil, ırk ve kültürü barındırmaktadır. Ayrıca her azınlık ayrıldığı zaman çok büyük ihtimalle kendi azınlığını doğuracak ve ayrılmanın, sorunları çözme açısından iyi bir reçete olmayacağı kısa sürede anlaşılacaktır.

B. FARKLILIKLARI YÖNETMEYE YÖNELİK YAKLAŞIMLAR

Bu politikalar farklılığı bir değer olarak kabul ederek bu durumu olabildiğince muhafaza etmeye çalışır. Bu başlık altında günümüz Batılı Demokratilerinde görülen hâkim iki yaklaşım incelenecek olan entegrasyoncu yöntem ile farklılıkları muhafaza ederek yaşatmaya dayanan “*accomodation*” modeli incelenecektir.

1. Entegrasyoncu Yöntem

Entegrasyon, “birkaç şeyi katarak birleştirmek veya bütünlemek” anlamına gelmektedir⁵⁰. Bu kavram kimi zaman çokkültürlü toplumlarda gönüllülüğe önem veren ve azınlık kültürlerini önemseyen politikaları barındıran bir yöntem olarak görülmekte kimi zamansa bu yapıyı tehdit eden asimilasyonla bir tutulmaktadır. Her iki görüşte de haklılık payı vardır. Kanaatimizce azınlık kültürlerine özel düzenlemeler getirmeyen ve azınlık kültürlerini çoğunluk toplumuyla bütünleştirmeye çabalayan her teoriden asimilasyona giden bir yol bulmak mümkündür. Kelimenin anlamını ister bütünleşme ister uyum olarak

48 Taylor, Charles ‘The Politics of Recognition’ Gutmann, Amy (Editor) (1994) Multiculturalism, Priceton, Princeton University Press, (Çeviren: Salman, Yurdanur vd.) ‘Tanınma Politikası’ Gutmann, Amy (Editör)(2005) Çokkültürcülük: Tanınma Politikası, 2. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları. s. 64.

49 Kymlicka (1998), s. 281.

50 McGarry & O’Leary & Simeon, s. 41.

alalım her ikisinde de uzun vadede azınlık kültürleri için tehdit oluşturabilecek unsurları görebiliriz. Azınlık kültürlerini korumaya ihtimam göstermeyen her politika sonuçta azınlık kültürlerinin kaybolması/kaybedilmesi sonucuna varma riskini taşımaktadır.

McGarry, O’Leary ve Simeon’u izleyerek entegrasyoncu yöntemi biraz daha somutlaştırabiliriz. Genel kaide olarak entegrasyonu savunanların grup haklarının kamu kurumlarınca tanınmasına karşı olduklarını söyleyebiliriz. Entegrasyonu savunanlar grup haklarına bu şekilde karşı çıkarken bireylerin kanun önünde eşitliğini ve kamu kurumlarının da bireylere eşit muamele yapmasını savunurlar. Sonuç olarak homojenleştirmeden yana tavır sergilediklerini söylemek de mümkündür⁵¹.

Entegrasyoncu yöntem üç farklı gerekçeyle savunulmaktadır. İlk olarak Cumhuriyetçiler, ulus-devletten yana tavır sergilerler ve kamu yararını ön plana çıkarırlar. İkinci argümanı da liberaller üretmektedir. Liberaller de ulus-devleti savunurlar, fakat bunu yaparken bireyciliği ön planda tutarak, bireye vurgu yaparlar. Son olarak entegrasyonun sosyalist savunusundan bahsedebiliriz. Sosyalistlerin ulus-devlete bakışı iki türdür. Bir kısmı ulus-devletin tüm dünyayı sarmış olan global kapitalizmden hiç olmazsa ulusu koruduğunu düşünürken diğer bir kısmı ise ulus-devletin sosyalizmin globalleşerek dünyaya yayılmasının önünde bir engel teşkil ettiğini savunurlar. Sosyalistler yönetim aşamasında ise sınıf bilincini ön planda tutmaktadırlar⁵².

Görüldüğü üzere siyaset teorisinin her fraksiyonu ulus-devletin entegrasyon politikalarını kendi şerhleriyle beraber bir ölçüde savunmaktadır. Bir sonraki başlıkta yer alan, entegrasyoncu yöntem ile farklılıkları daha fazla koruyarak birlikte yaşamayı öneren yönetime ilişkin karşılaştırmalı tablo konu daha net bir şekilde açıklanabilecektir.

2. “Farklılıklarla” Birlikte Yaşamak

Farklılıklarla birlikte yaşama, İngilizcedeki “accommodation” veya “accommodating differences” terimine tekabül etmektedir. “Accommodation”ı savunan görüş işe ilk olarak toplumdaki farklılıkları kabul etmekle başlar. Yani toplumu çokkültürlü olarak kabul eder. Toplumdaki bu “hal”i kabul etmek ve

51 McGarry & O’Leary & Simeon, s. 42.

52 McGarry & O’Leary & Simeon, s. 46.

bu kabulü beyan etmek en büyük adımdır. Nitekim Dünyada halen pek çok ülke çeşitlilikleri barındırmasına rağmen bunu kabul etmeye yanaşmamakta, “tek”lik ve bu “tek”lik etrafında “birlik”te ısrar etmektedir. “Accommodation”ı savunanlar toplumun farklılıklarla ve bundan kaynaklanan çeşitlilikle yaşamada ısrar ettikten sonra bunun mümkün olmaması halinde ise bölünmeyi veya ayrılmayı desteklemektedirler⁵³.

Entegrasyon benzeri politikalarda da, farklılıkları muhafaza etmeye veya en azından yok etmemeye yönelik düzenlemeler olduğu söylenebilir. Ancak “accommodation” modelinde farklılıklar kamu politikalarıyla da güvence altına alınmaya çalışılmaktadır. Bu yaklaşım “çokkültürlülük politikası” ile tamamen örtüşmektedir.

Bu modelin de taahhütleri incelendiğinde çok da berrak olmadığı anlaşılabilecektir. Zaten çokkültürlülüğün teorik kısmını aştıktan sonra, başka bir ifadeyle bir toplumda yaşayan tüm kültürlere değer verilmesi ve onların da tıpkı egemen kültür gibi yaşaması gerektiğine dair teorik tartışma aşıldıktan sonra uygulanabilirlik tartışması genelde bu model etrafında cereyan etmektedir.

Şimdi yine McGarry, O’Leary ve Simeon’u takip ederek entegrasyonu savunan görüş ile “accommodation”u savunan görüş arasındaki bazı farklılıkları tablo şeklinde gösterelim:

Müessese / Kurum (Institution)	Entegrasyoncu Model	Accommodation Modeli
Anayasal Dibace	<ul style="list-style-type: none"> • Ulus-Devlet • Tek halk 	<ul style="list-style-type: none"> • Çokuluslu Devlet, • Çeşitli halklar, çeşitli uluslar, çeşitli inançlar
Resmi Dil (Devletin Dili)	<ul style="list-style-type: none"> • Tek Resmi (Kamu) Dil 	<ul style="list-style-type: none"> • Birden Fazla Resmi Dil
Temel Haklar	<ul style="list-style-type: none"> • Devletin tüm egemenlik sahasında geçerli olan haklar aynıdır, • Ayrıca bireysel haklara vurgu yapılmaktadır 	<ul style="list-style-type: none"> • Devletin ve ayrıca Bölgesel yönetimlerin tanımladıkları temel haklar vardır, • Bireysel haklara vurgu olduğu kadar grup haklarına da vurgu yapılmaktadır
Yönetim Şekli	<ul style="list-style-type: none"> • Merkezi 	<ul style="list-style-type: none"> • Adem-i Merkeziyetçi

53 McGarry & O’Leary & Simeon, s. 52.

İç Siyasi Sınırlar	<ul style="list-style-type: none"> • Belirli iç sınırları olmayan üniter devlet ya da dilsel, etnik, dini veya ulusal bir çoğunluğun oluşmasını sağlamak amacıyla gütmeyen bölgesel sınırların ayırdığı federasyon 	<ul style="list-style-type: none"> • Azınlıklara kendilerini yönetme imkânı sağlayan bölgesel sınırlar; çoğulcu federalizm, çoğulcu birlik, federasyon • Büyük azınlıklar için bölünme kabul edilebilir
Yasama Organı	<ul style="list-style-type: none"> • Bireyler ve Etnik kökene dayalı olmadan ayrılmış bölgeler 	<ul style="list-style-type: none"> • Belirli sayıda eş toplumsalçı (Consociationalist)¹ tüzel kişiler; • Orantılı temsil-seçim sistemi ile bir araya gelmiş, orantılılık yanlısı liberal eş toplumsalçılar (Consociationalists)
Yargı ve Bürokrasi	<ul style="list-style-type: none"> • Farklılıkları görmezden gelen kurallar; tarafsızlık; profesyonellik; meritokrasi (Bazı durumlarda geçici hükümlerle pozitif ayrımcılık uygulanabilir) 	<ul style="list-style-type: none"> • Önemli noktalarda, cemaatlerin betimleyici bir şekilde tanınmasına vurgu yapar
Yürütme	<ul style="list-style-type: none"> • Başkanlık sistemi; • Çoğunluğun ilkelerine uygun (tarafsız) parlamenter sistem 	<ul style="list-style-type: none"> • Kuvvet paylaşımı (etnik kökenler arası) koalisyon kolektif veya değişmeli başkanlık; • Eş toplumsalcılık (Consociationalism) taraftarı kuvvet paylaşımli koalisyon; • Merkezîyetçilik taraftarı çoğunlukçu (ve bazen asgari kazanım) etnik kökenler arasına dayalı yönetim
Seçim Sistemi	<ul style="list-style-type: none"> • Adaylar arasında en fazla oy alan üye, • Seçenekli oy; • Çoğunluk kazanır 	<ul style="list-style-type: none"> • Eş Toplumsalcılık için orantılı temsil (parti listeleri ve tek nakledilebilir oy); • Merkezîyetçilik için seçenekli oy ve başkanlık seçimi için bölgesel dağılım kuralları (örneğin Amerikan seçim heyeti, 1979 sonrası Nijerya);

Siyasi Partiler	<ul style="list-style-type: none"> • Parti programına sahip devlet çapındaki siyasi partileri destekler; bazen de partilerin devletin tamamında organizasyona sahip olmaları gereklidir. 	<ul style="list-style-type: none"> • Alt ulusal, etnik ve dinsel devletlerin parti sistemleri kabul edilir
Sivil Toplum	<ul style="list-style-type: none"> • “Köprü” vazifesi gören Sivil Toplum Kuruluşları • Örneğin ulus-üstü, etnik dilsel ve dini grupları destekler 	<ul style="list-style-type: none"> • “bağlama - bütünleştirme” vazifesi gören örneğin grup temelli Sivil Toplum Kuruluşları
Kilise – Devlet İlişkisi	<ul style="list-style-type: none"> • Devlet ile kilisenin ayrılığı benimsenmiştir, • Seküler karma okullarda eğitim kamu tarafından finanse edilir 	<ul style="list-style-type: none"> • Kamu farklı dinleri destekler, • Kamu dini okulları da finanse eder
Azınlık cemaatlerle komşu devletlerdeki soydaşları arasındaki ilişki	<ul style="list-style-type: none"> • Sınırlar arası kurumsal bağlantılara hoş bakmaz 	<ul style="list-style-type: none"> • Sınırlar arası bağlantılar kamu kurumlarınca desteklenir

Tablo 1: Entegrasyoncu Model, Accommodation Modeli Karşılaştırması⁵⁴

Tabloda her iki yaklaşım da kurumsal bakış açılarıyla birlikte ayrıntılı bir şekilde verilmiştir. Bunlar direk böyle uygulanması zorunlu olan politikalar olmamakla beraber kamu politikalarına bakıldığında devletlerin hangi tarzı benimsedikleri rahatlıkla görülebilir.

Dünyada farklılıkları yönetmeye yönelik yaklaşımlardan her ikisinin de genelde bir arada kullanıldığını söyleyebiliriz. Çokkültürlülük politikasını en fazla benimsemiş ülkelere bakıldığında dahi bu karma yapı göze çarpmaktadır. Örneğin Kanada'nın hem hukuksal olarak hem de fiiliyatta karma bir politika güttüğünü söyleyebiliriz⁵⁵.

54 McGarry & O'Leary & Simeon, s. 67.

55 Choudhry, Sujit 'Does the World Need More Canada? The Politics of the Canadian Model in Constitutional Politics and Political Theory', International Journal of Constitutional Law, (2007) C: 5, S. 4, s. 606-638.

C. ÇOKKÜLTÜRLÜLÜK POLİTİKASI

Yukarıda gördüğümüz gibi çokkültürlü toplum çok farklı şekillerde oluşabilmektedir. Bu farklılık devletlerin alt-kültürlere yaklaşımını etkileyebileceği gibi alt-kültürlerin de devletten taleplerini etkileyebilmektedir. Bu farklılık bizi aynı zamanda çokkültürlülüğün her devlet açısından farklı anlamlar ifade edebileceği sonucuna da götürmektedir. İşte bu sebeptendir ki; çokkültürlülüğün hedefleri ve sonuçları hakkında yapılacak genellemeler yanıltıcı olabilmektedir⁵⁶. Buna rağmen fazla detaya girmeyen ve daha soyut olan çokkültürlülük tanımları, tüm çokkültürlülük örnekleri açısından betimleyici olabilir. Çokkültürlülük kısaca; birden fazla kültürün, çoğunluk kültürünün veya egemen kültürün baskısı olmaksızın, tıpkı çoğunluk kültürü veya egemenin kültürü gibi benzer şartlar altında ve devletle eşit mesafede yaşayabilmesini hedefleyen görüştür⁵⁷.

Literatürdeki çokkültürlülük tanımları şöyle sıralanabilir: Kymlicka, çokkültürlülüğün bir tanımı olamayacağına dair bir görüşü olmasına rağmen kavramın genel çerçevesini şöyle çizmektedir: Çokkültürlülük, liberal değerlerce desteklenen, azınlık gruplarının liberal haklarını kullanmalarını ya da kaynaklardan adil pay almalarını engelleyen dışlanma ve damgalanma pratikleriyle savaşılan bir politikadır⁵⁸.

Kukathas, çokkültürlülük taraftarı değildir ve kültürel haklar diye bir şey olmadığını iddia eder. Çokkültürlülük yerine ise radikal hoşgörüyü (*radical tolerance*) önerir⁵⁹. Kukathas çokkültürlülüğü şöyle tanımlar:

*“Çokkültürlülük terimi etnik çeşitliliğe yanıt veren belirli bir yolu ifade eder. Çokkültürlülük, eritme potası ve asimilasyonu baskın kültürün azınlıkların yerini alma ihtimalinden dolayı reddeder, yerine “salata kâsesi” veya “harikulade mozaik” (glorious mosaic) metaforlarında kendini gösteren toplumun her bir etnik ve ırksal unsurunun ayırt edici özellikleriyle var olabileceği düzeni öngörür.”*⁶⁰

56 Kymlicka (2008), s. 37-38.

57 Burada zikredilen hususlar Türkçe bazı kaynaklarda “çokkültürcülük” veya “çokkültürlülüğün normatif yönü” başlığı altında tartışılmaktadır.

58 Kymlicka (2002), s. 515.

59 Kukathas, Chandran ‘Moral Universalism and Cultural Difference’ Dryzek, John S. & Honig, Bonnie & Phillips, Anne (Editörler) (2008) Oxford: Oxford Publications, s. 581-601. (Çeviren: Erdoğan, Mustafa ‘Ahlaki Evrenselcilik ve Kültürel Farklılık’, Liberal Düşünce, C: 14, S: 55, Yaz 2009, s. 7-22)

60 Kukathas, Chandran ‘Nationalism and Multiculturalism’ Gaus, Gerald F. & Kukathas, Chandran (Editörler) (2008) Handbook of Political Theory, Londra, Sage Publications, s. 250-265. s. 251.

Shachar, çokkültürlülüğün hedefini, kültürel farklılıkların birlikte yaşayabildiği çokkültürlü bir devlet dizaynı olarak göstermekte ve bunu gerçekleştiren eş zamanlı olarak bilhassa kendi kültürleri tarafından tehdit edilen bireylerin de haklarının korunabileceği bir sistem olarak özetlemektedir⁶¹.

Gutmann, çokkültürlülüğü; farklılıkları istikrarlı ve ahlaki bakımdan savunulabilir bir düzene sokmak olarak özetlemektedir⁶². Gutmann kültürel haklara dair tezini de şöyle temellendirmektedir:

“Bazı grupların üyelerini tanımak ve onlara eşit davranmak, artık kamu kurumlarının kültürel özellikleri görmezden gelmesi yerine bunları kabul etmesi gerektiği anlamına geliyor; en azından, kendilerini anlayabilmeleri kültürlerinin yaşama gücüne bağlı olan insanlar için. Kültürel özgüllüğün –her bireyi içine alacak biçimde– siyasal açıdan tanınması yolundaki bu gereklilik, bireyler tarafından değerli bulunan kültürleri ve kültürel bağlamları bu bireylerin temel hakları arasında sayan evrenselcilikle de uyumludur.”⁶³

Bhikhu Parekh, çokkültürlülüğü; politik bir öğreti ya da felsefi bir kurum olarak değil insan yaşamına bir bakış olarak görmekte ve kısaca şöyle değerlendirmektedir:

“Çokkültürlü bakış açısı diyebileceğim şey, birbirini tamamlayan bu üç görüşün - yani insanların kültürle iç içe olduğu, kültürel çeşitlilik ve kültürlerarası diyalogların kaçınılmaz ve arzu edilir olduğu ve tüm kültürlerin iç çoğulculuğa sahip olduğu etkileşim – yaratıcı etkileşiminden oluşur.”⁶⁴

Doytcheva, çokkültürlülüğün pek çok boyutuna işaret ederek şöyle bir tanım denemesinde bulunuyor:

“Çokkültürlülüğü geçici olarak, modern demokrasilerin, kurumlarını yeniden biçimlendirerek ve kişilere farklılıklarını geliştirme ve aktarma imkânını vererek farklı kültürlerin tanınması gerektiği düşüncesini temel alan tarihsel bir siyasi program, entelektüel tartışma ve pratik deneyim bütünü olarak tanımlayabiliriz”⁶⁵.

61 Schachar, Ayelet (2001) Multicultural Jurisdictions – Cultural Differences and Women’s Rights, Cambridge, Cambridge University Press, s. 5.

62 Kymlicka (2008), s. 60.

63 Gutmann, Amy, ‘Multiculturalism’, Gutmann, Amy (Editör) (1994) Multiculturalism, Princeton, Princeton University Press, (Çeviren: Salman, Yurdanur vd.) ‘Tanınma Politikası’ Gutmann, Amy (Editör)(2005) Çokkültürcülük: Tanınma Politikası, 2. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları. s. 25.

64 Parekh, s. 427-439.

65 Doytcheva, s. 24.

Taylor, çokkültürlülüğü cemaatçi bir bakış açısıyla tanı(n)ma siyaseti olarak yorumlar ve şöyle tarif eder:

“Çokkültürlülük; farklı kültürlerin eşit değerinde olduğunu hepimizin kabul etmesidir; bu kültürlerin yalnızca hayatlarına sürdürmelerine izin vermekle kalmayıp onların değerli olduklarını kabul etmemizdir”⁶⁶.

Pitcher çokkültürlülük kavramının çağdaş siyaset açısından ırk ve ırkçılıkla açıklanabileceğini ve bu bağlamda okunularak kavramsal çerçeve çizilebileceğini söyler⁶⁷.

Horton da pek çok yazar gibi çokkültürlü toplumun varlığı ile çokkültürlülüğün bir ideali yansıttığı noktasını vurgulamış ve bazı yazarların çokkültürlülüğün zor bir kavram olduğundan bahisle daha eski bir kavram olan çoğulculuğu (*pluralism*) tercih ettiklerinden bahsetmiştir. Ardından çokkültürlülüğü, liberalizm ve yine liberal bir değer olan hoşgörü (*toleration*) ile birlikte açıklanabileceğini belirtmiştir⁶⁸.

Heywood, çokkültürlülüğü şöyle tanımlar:

“Çokkültürlülük farklı kültürel grupların saygı ve kabul görme hakkı veya ahlaki ve kültürel çeşitliliğin daha geniş topluma yönelik sözde faydaları temelinde toplumsal çeşitliliğin bir pozitif onayını ima etmektedir. Bu anlamda çokkültürlülük; inançların, değerlerin ve yaşam biçimlerinin hem bireyler hem de gruplar için kendini tanıma ve öz-değer tesis etmedeki önemini teslim eder.”⁶⁹

Şu halde çokkültürlülük politikası denilince karşımıza çıkan tablo, tüm kültürlerin eşit değerinde olduğunun kabulü ve devletin herhangi bir kültüre diğerlerinden farklı ehemmiyet vermemesi gerekliliğidir. Kültürlerin hukuk düzenine aykırı olan gelenek, örf, adet ve pratiklere karşı devletin alması gereken tutum ise çokkültürlülük politikasındaki iki kutbu ortaya koyar. Birinci görüş devletin kültürlere bu tür örf, adet ve pratiklerini terk etmeleri yolunda baskı yapmasını salık verir. Devletin varoluşsal kamu düzenini tesis etme mükellefiyeti ile ulus-devlet pratikleri bu görüşün dünyada daha fazla kabul görmesi sonucunu doğurmuştur. İnisiyatif yine egemen devlette olmak üzere kültürler, bu tercih içerisinde daha eşit bir ortamda yaşam imkânı bulabileceklerdir.

66 Taylor, s. 72.

67 Pitcher, Ben (2009) *The Politics of Multiculturalism*, New York, Palgrave Macmillan, s. 11-39.

68 Horton, John ‘Liberalism, Multiculturalism and Toleration’, Horton, John (Editör) (1993) *Liberalism, Multiculturalism, and Toleration*, New York, Palgrave Macmillan, s. 1-18.

69 Heywood, Andrew (2002) *Politics*, 2. Baskı, New York, Palgrave Foundations, (Çeviren: Şahin Bican vd. (2005) *Siyaset*, Ankara, Liberte Yayınları), s. 173.

İkinci görüş ise devletin nötr bir kültür havzası (ki nötrlük kanaatimizce mümkün değildir) oluşturarak ilgili kültürdeki bireylerin kendi kültürlerini terk etmelerini sağlayabilecek önlem almasını yeterli görür. Hukuka veya devletin egemen kültürüne aykırı olan kültürlerin yaşayabilmesine birincisine nazaran daha fazla imkân sağlayan ikinci görüş, kültür kavramını sosyolojideki karşılığını ıskalayarak teorik bir çözüm üretmeyi tercih etmiştir. Bu çözüm, kişinin içinde serpiştiği ortamdan, özneleşme sürecinin tamamını geçirdiği kültür kodlarından ve sosyal ağını oluşturan başta aile ve akrabaları olmak üzere herkesten kopması sonucunu doğurmaktadır. Çokkültürlülük politikası, kültürlerin önemli olmasından yola çıkmasına rağmen kişilerin kültürlerini kolayca terk edebilmesini öngörmesi bir nebze paradoksaldır. Kültürün terk edilebilmesi aslında kültür kavramının hafife alınması anlamına da gelebilmektedir. Tüm bu nedenlerle teorik olarak ilk bakışta tutarlı olarak görünse de, bu çözümün benimsenmesi pek mümkün değildir.

SONUÇ

Çokkültürlülüğün gerçek manada yaşanabilmesi ancak liberal kültürün yaygın olarak kabulü ile mümkün olabilmektedir. Ancak bu kabul tek başına yetmemekte, liberal olmayan kültürlerin liberal kültür ile ilişkisi sorun olabilmektedir. Teoriyi en çok zorlayan husus liberal olmayan (illiberal) kültürlerin talepleri olmuştur. Çokkültürlülük teorisini incelerken de görüldüğü üzere liberal teorisyenler arasında en büyük tartışma da bu konuda çıkmaktadır. Bir başka ifadeyle görüş ayrılığı, “liberal devlet azınlık kültürlerinin illiberal uygulamalarını yasaklayabilecek mi, şayet yasaklayacaksa liberalizm dâhil her biri eşit değerde olan kültürlerin yasaklanmasında uyulacak ölçü norm ne olacaktır?” soruları etrafında ortaya çıkmaktadır. Liberalizmin nötr olduğu ve kültürlerden bir kültür olarak bir vesileyle egemenliği ele geçirdiği varsayımı yalnızca “Liberal reform görevi her toplumda tamamlanmayı beklemektedir”⁷⁰ ifadesiyle bile çürütülebilir. Şu halde, liberal çokkültürlülük kültürlere müdahale hakkını kendinde görmekte ve alt kültürlerde bulunan liberal olmayan (*non-liberal/illiberal*) öğeleri yasaklayabilmektedir. Kültürlere müdahaleye sıcak bakmayan ve bireylere kendi kültürlerini terk edebilme hakkı tanıyan çokkültürlülük politikası da ancak nötr bir liberal ortam sağlanması şartıyla savunulmaktadır.

70 Kymlicka (2008), s. 155.

Liberal devlet geleneği “toplum sözleşmesi” olarak isimlendirdiği anayasayla vatandaşların hangi kurallar çerçevesinde yaşayacaklarını tayin etmekte; illiberal taleplere ise bu çerçevede yer verilmemektedir. Çokkültürlülük politikası burada devreye girmekte ve liberal devleti liberal gelenekler kadar illiberal gelenekleri barındıran topluluklar hususunda da daha cömert olmaya davet etmektedir. Ancak bunu yaparken kültürlerin ahlaki anlamda birbirlerine üstünlüklerinin bulunmadığını sıklıkla vurgulamakta ve liberal kültürün de onlarla eşit seviyede olduğunu iddia etmektedir. Oysa liberal devlet çokkültürlülük teorisinin içerisinde dahi illiberal taleplere karar vermede ölçü norm olarak kullanılmaktadır.

Çokkültürlülüğe ilişkin bir diğer husus da teorinin kültür kavramına bakışıdır. Kültür kavramına ilişkin açıklamalarımızda detaylı bir şekilde işlediğimiz üzere kültür hem etimolojik olarak hem de genel manasıyla insan ürünü bir değerdir. Din ise kültürle yakından alakalı bir kavram olmakla birlikte kültürün içinde yer almaktadır. Ancak kültürün din üzerindeki etkisi yalnızca ona bir yorum veya yaklaşım tarzı katabilmekle sınırlıdır. Her ne kadar din, kültürün içinde yer alıyor gibi görünse de daha aşkın bir kavramdır. Bu tahlil bize kültürlerin bir arada yaşamak için kendilerinden verebilecekleri tavizlerin sınırını çizmektedir. Kültürlerin kendilerinden taviz vererek bir ortak noktada buluşma ihtimali seküler cihetten bakıldığında mümkün gibi görünmektedir. Ancak belirli bir dine mensup bireylerden “vahiy” yoluyla geldiğine inandıkları bazı emirleri ortak yaşama amacına matuf olarak pazarlık konusu yapmalarını beklemek, din olgusuna gerekli ehemmiyetin verilmediği sonucunu doğurmaktadır. Özetle din, bireylerin üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğu bir kültür unsuru değildir.

Netice olarak, çokkültürlülük siyaseti de tıpkı diğer farklılıkları birlikte yaşatmaya yönelik sar politikalar gibi bir hegemonya içermekte ve liberalizm her ne kadar bunu açıkça iddia etmeyip kendisini her alt kültürle aynı ölçüde savunulabilir olarak gösterse de aslında daha “adil” olduğunu vazetmektedir. Bu ise kültürler içerisinde bir hiyerarşinin varlığının kabulünden sonra çokkültürlülük aşamasına geçilebileceği gibi bir sonuç doğurmaktadır. Başka bir ifadeyle ancak liberal olmayan öğeleri atılmış ve liberal ayarları tamamlanmış kültürlerin, kültürlerinden kalan öğeleriyle, çokkültürlü bir şekilde yaşayabilecekleri bir teori doğmuştur. Bu tenkitlerimize rağmen teslim etmemiz gerekir ki, çokkültürlülük teorisinin farklılıkların bir arada yaşaması anlamında ulus-devletin monist idealine düştüğü şerh kayda değerdir ve söylem düzeyinde kalsa da oldukça tutarlıdır. Bu yönüyle modern devletlerin farklılıklara yaklaşım politikalarına bir kapı araladığı ise yadsınamaz.

KAYNAKÇA

Balı, Ali Şafak (2001) Çokkültürlülük ve Sosyal Adalet, Konya, Çizgi Kitapevi Yayınları.

Barın, Taylan (2011) Çokkültürcülük Teorisi ve Ulus-Devlet Anlayışına Etkileri, (Yüksek Lisans) Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Baumann, Gerd (1999) *The Multicultural Riddle: Rethinking National, Ethnic and Religious Identities (Zones of Religion)* New York, Routledge Publications, (Çeviren: Demirakın, Işıl (2006) Çokkültürlülük Bilmecesi: Ulusal, Etnik ve Dinsel Kimlikleri Yeniden Düşünmek, Ankara, Dost Kitabevi).

Calhoun, Craig 'Social Solidarity as a Problem for Cosmopolitan Democracy': Benhabib, Seyla & Shapiro, Ian & Petranovich, Danilo (Editörler) (2007) *Identities, Affiliations, and Allegiances*, Cambridge, Cambridge University Press, s. 285-302.

Choudhry, Sujit 'Does the World Need More Canada? The Politics of the Canadian Model in Constitutional Politics and Political Theory', *International Journal of Constitutional Law*, (2007) C: 5, S. 4, s. 606-638.

Coşkun, Vahap (2009) *Ulus-Devletin Dönüşümü ve Meşruluk Sorunu*, Ankara, Liberte Yayınları.

Doytcheva, Milena, *Le Multiculturalisme*, Paris, La Découverte, coll., (Çeviren: Akıncılar Onmuş, Tuba (2009) Çokkültürlülük, İstanbul, İletişim Yayınları)

Eagleton, Terry (2000) *The Idea of Culture*, Oxford, Blackwell Publishing, (Çeviren: Çelik, Özge (2005) *Kültür Yorumları*, İstanbul, Ayrıntı Yayınları).

Gilbert, Paul (1998) *Philosophy of Nationalism*, Colorado, Westview Press.

Gutmann, Amy, 'Multiculturalism', Gutmann, Amy (Editör) (1994) *Multiculturalism*, Princeton, Princeton University Press, (Çeviren: Salman, Yurdanur vd.) 'Tanınma Politikası' Gutmann, Amy (Editör)(2005) *Çokkültürcülük: Tanınma Politikası*, 2. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları. s. 25.

Habermas, Jürgen, 'Demokratik Anayasal Devlette Tanınma Savaşımı', (Almancadan İngilizceye Çeviren: Nicholzen, Shierry Weber, İngilizceden Çeviren: Doğan, Mehmet H. Doğan) içinde, Gutmann, Amy (Editör)(2005) Çokkültürcülük: Tanınma Politikası, 2. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları. s. 113 – 146.

Hardt, Michael & Negri, Antonio (2000) Empire, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press. (Çeviren: Yılmaz, Abdullah (2005) İmparatorluk, 5. Basım, İstanbul, Ayrıntı Yayınları)

Heywood, Andrew (2002) Politics, 2. Baskı, New York, Palgrave Foundations, (Çeviren: Şahin Bican vd. (2005) Siyaset, Ankara, Liberte Yayınları).

Horton, John 'Liberalism, Multiculturalism and Toleration', Horton, John (Editör) (1993) Liberalism, Multiculturalism, and Toleration, New York, Palgrave Macmillan, s. 1-18.

Kalaycı, Hüseyin (2010) Ulus Devletin Başağrısı: Ayrılcılık, Kanada Quebec Örneği, Ankara, Liberte Yayınları.

Knop, Karen (2004) Diversity and Self-Determination in International Law, Cambridge, Cambridge University Press.

Kukathas, Chandran (1992) 'Are There Any Cultural Rights?', Political Theory, C: 20, S: 1, s. 105 – 139.

Kukathas, Chandran 'Nationalism and Multiculturalism' Gaus, Gerald F. & Kukathas, Chandran (Editörler) (2008) Handbook of Political Theory, Londra, Sage Publications, s. 250-265.

Kukathas, Chandran 'Moral Universalism and Cultural Difference' Dryzek, John S. & Honig, Bonnie & Phillips, Anne (Editörler) (2008) Oxford: Oxford Publications, s. 581-601. (Çeviren: Erdoğan, Mustafa 'Ahlaki Evrenselcilik ve Kültürel Farklılık', Liberal Düşünce, C: 14, S: 55, Yaz 2009, s. 7-22)

Kymlicka, Will (1995) Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights, Oxford, Clarendon Press, (Çeviren: Yılmaz, Abdullah (1998) Çokkültürlü Yurttaşlık: Azınlık Haklarının Liberal Teorisi, İstanbul, Ayrıntı Yayınları).

Kymlicka, Will (1992) 'The Rights of Minority Cultures: Reply to Kukathas', *Political Theory*, C: 20, S: 1, s. 140-146.

Kymlicka, Will (2001) *Politics in the Vernacular*, New York, Oxford Publications.

Mann, Michael (2005) *The Dark Side of Democracy: Explaining Ethnic Cleansing*, Cambridge: Cambridge University Press.

McGarry, John & O'Leary, Brendan & Simeon, Richard 'Integration or Accommodation? The Enduring Debate in Conflict Regulation' : Choudhry, Sujit (Editör) (2008) *Constitutional Design for Divided Societies* s. 41 – 91.

Miller, David (1995) *On Nationality*, New York, Oxford Publications.

Modood, Tariq (2008) *Multiculturalism*, Cambridge, Polity Press.

Örücü, Esin (2011) 'Diverse Cultures and Official Laws: Multiculturalism and Euroscepticism?', *Law & Justice Review*, C: 1, S: 2, s. 63-84.

Parekh, Bhikhu (2000) *Rethinking Multiculturalism*, , Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, (Çeviren: Tanrıseven, Bilge (2002) *Çokkültürlülüğü Yeniden Düşünmek*, Ankara, Phoenix Yayınevi).

Partridge, Eric (2006) *Origins, A Short Etymological Dictionary of Modern English*, Londra, Routledge Publications.

Pitcher, Ben (2009) *The Politics of Multiculturalism*, New York, Palgrave Macmillan.

Rawls, John (1971) *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press.

Sambanis, Nicholas 'Globalization, Decentralization and Secession: A Review of the Literature and Some Conjectures', Cameron, David R. & Ranis, Gustav & Zinn, Annalisa (Editörler) (2006) *Globalization and Self-Determination*, New York: Routledge Publications, s. 199-233.

Schachar, Ayelet (2001) *Multicultural Jurisdictions – Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge, Cambridge University Press.

Taylor, Charles ‘The Politics of Recognition’ Gutmann, Amy (Editor) (1994) Multiculturalism, Princeton, Princeton University Press, (Çeviren: Salman, Yurdanur vd.) ‘Tanınma Politikası’ Gutmann, Amy (Editör)(2005) Çok-kültürcülük: Tanınma Politikası, 2. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları.

Tok, Nafiz (2003) Kültür, Kimlik ve Siyaset, İstanbul, Ayrıntı Yayınları.

Yürüşen, Melih (1998) Çeşitlilikten Özgürlüğe: Çokkültürlülük ve Liberalizm, Ankara, LDT Yayınları.

İnternet Kaynakları:

<<http://www.unfpa.org/pds/migration.html>> s.e.t. 27.04.2016

<<http://www.un.org/en/members/growth.shtml#2000> > s.e.t. 26.04.2016.

<http://en.wikipedia.org/wiki/Southern_Sudan> s.e.t. 27.04.2016.

DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURULLARIN DENETLENME ŞEKİLLERİNİN İDARİ VESAYET BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ *

Arş. Gör. Melikşah ÇIRAKOĞLU **

ÖZET

Düzenleyici ve Denetleyici Kurullar, değişen ekonomi koşulları ve devlet politikaları doğrultusunda; çeşitli amaçları gerçekleştirmek üzere, ilk olarak Anglosakson hukuk sisteminde var olan ve ilerleyen süreçte diğer dünya devletlerinde teşkilatlanan kuruluşlardır. Bu doğrultuda Türkiye’de de 1980’li yıllarda kurulmaya başlanmış ve 2000’li yıllarda daha işlevsel hale getirilmişlerdir. Bu kuruluşların yurtdışı örneklerine benzer olarak bazı güvencelerle donatılmış olmaları ve ayrıca Türk İdare Hukuku sistemine konumlandırılış şekilleri, denetlenme problemini beraberinde getirmiştir. Bu kuruluşların denetlenip denetlenemeyecekleri, eğer denetlenebileceklerse bunun hangi şekillerde olabileceği tartışılmakla beraber, hâlihazırda; bu kuruluşların kendi kanunlarında, denetlenebileceklerine ilişkin çeşitli hükümler bulunmakta ve bunların bir kısmı idari vesayete büyük oranda benzeyen denetim şekillerini bünyelerinde barındırmaktadırlar. Bu çalışma, Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların denetlenme şekillerini incelemekte ve bunlardan idari vesayete benzer olanlarını ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Düzenleyici ve Denetleyici Kurullar, Türk idare teşkilatı, idarenin bütünlüğü, idarenin denetlenmesi, idari vesayet, idari ve mali özerklik.

* Bu makale; Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında Yrd. Doç. Dr. F. Ebru Gündüz tarafından yürütülen “İdarenin Denetlenmesi” dersinde sunulan çalışmanın geliştirilmesiyle hazırlanmıştır. Sayın Gündüz’e katkılarından dolayı teşekkür ederim.

** Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi meliksahcirakoglu@gmail.com

THE EVALUATION OF REGULATORY AND SUPERVISORY AUTHORITIES INSPECTION FORMS IN TERMS OF ADMINISTRATIVE TUTELAGE

ABSTRACT

Regulatory and Supervisory Authorities, which were seen firstly in Anglo-Saxon legal systems, are organized in other world states later in the process, to achieve a variety of objectives, accordance with changing economic conditions and government policies. This authorities also began to be established in Turkey, in the 1980s and become more functional in the 2000s. The Turkish Regulatory and Supervisory Authorities' assurances, which similar to the example of these international organizations; and their positioning on Turkish Administrative Law, come along with the controlling problem. It was discussed that, they can be inspected or not and if they will be, what might be? With this discussions, in these organizations' laws, there are several provisions regarding inspection already and some of them largely similar within the administrative tutelage. This study examines the supervision methods of Regulatory and Supervisory Authorities and aims to put forward their similarity with the administrative tutelage.

Keywords: Regulatory and Supervisory Authorities, Turkish administrative organisation, the integrity of the administration, the supervising of the administration, administrative tutelage, administrative and financial autonomy.

GİRİŞ

Düzenleyici ve Denetleyici Kurullar, değişen ekonomi ve piyasa koşullarına uyum sağlayan devletlerin, bazı faaliyet alanlarını özel sektör aktörlerine devretmeleri sonucunda; bu aktörlerin çalışma esaslarını tespit etmek, piyasa kurallarını belirlemek ve bu koşulların uygulanmasını sağlamak amacıyla teşkilatlanan kuruluşlardır. Bu kuruluşların söz konusu faaliyetleri, siyasi etkilerden bağımsız olmayı gerektirmektedir. Zira Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların kurulma nedenlerinden biri de hükümetlerin tekrar seçilebilme kaygısıyla sergileyecekleri popülist tavırların piyasada faaliyet gösteren aktörleri etkilememesi ve hükümetlerin sık sık değişmesi nedeniyle gerçekleştirilemeyen uzun dönemli ekonomik politikaların uygulanabilmesidir.

Türkiye’de faaliyet gösteren Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların, bu amacı gerçekleştirmek için bazı güvencelerle donatılmaları ve ayrıca idari teşkilat içerisinde doğrudan konumlandırılmamaları; bir bütün olan idareye nasıl dâhil edilecekleri sorununu beraberinde getirmektedir. Zira Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, idarenin merkezden yönetim ve yerinden yönetim şeklinde teşkilatlanacağını ve bunun yanında kuruluş ve görevleriyle bir bütün olacağını belirtmiş; bu bütünlüğün sağlanması için de çeşitli denetim mekanizmaları öngörmüştür. Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların bağımsızlıkları ile beraber teşkilatlandıkları yönetim esasının belirli olmayışı; denetlenip denetlenemeyeceklerini, denetlenebileceklerse bunun hangi usullerle olacağını tartışmalı hale getirmektedir.

Bu kuruluşların Türkiye’de teşkilatlanmaya başlamasından itibaren yukarıda yer verilen konular hakkında birçok çalışma yapılmış ve çeşitli görüşleri sürülmüştür. Fakat gelinen noktada; bu kuruluşların kendi kanunlarında, denetlenebileceklerine ilişkin çeşitli hükümler bulunmakta ve bunların bir kısmı idari vesayete büyük oranda benzer denetim şekillerini bünyelerinde barındırmaktadırlar. Bu çalışma; Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların denetlenme şekillerini idari vesayet bakımından değerlendirmekte, bu kapsamda öncelikle söz konusu kuruluşların tarihçesine kısaca yer vermekte, ardından denetlenip denetlenemeyeceklerini, idarenin bütünlüğünü sağlamada bir araç olan idari vesayet yetkisini ve son olarak bu yetkinin Düzenleyici ve Denetleyici Kurullar üzerindeki kullanılış şekillerini incelemektedir.

I. DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURULLAR

Düzenleyici ve Denetleyici Kurullar, özelleştirme uygulamalarının başlaması ve devletçi ekonomi anlayışından düzenlenmiş piyasa ekonomisi anlayışına geçilmesi aşamasında, ilk olarak Anglosakson hukuk sisteminde ortaya çıkan kuruluşlardır. Bu kuruluşların temel işlevleri; toplumsal ve ekonomik yaşamın temel hak ve özgürlükler ile yakından ilişkili alanlarındaki kamusal ve özel kesim etkinliklerini bazı kurullar ile düzenlemek; koydukları kurallara uyulup uyulmadığını denetlemek; uyulmaması halinde doğrudan doğruya yaptırım uygulamak ya da ilgili kanunlarda öngörülen yaptırımların uygulanması için adli mercileri harekete geçirmektir.¹ Söz konusu kuruluşlar Türkiye'de de 1980'li yıllarda kurulmaya başlanmış ve 2000'li yıllarda daha işlevsel hale getirilmiştir.

Bu kuruluşların kurulmasında etkili olan ekonomik nedenlere bakıldığında; Refah devleti anlayışının sorgulanması neticesinde, devletin çekildiği kamu hizmeti alanlarına giren ve söz konusu faaliyetleri yerine getiren mekanizmaların denetlenmesi ve uymak zorunda oldukları ortak düzenlemelerin yapılması ihtiyacının etkili olduğu söylenebilir. Zira bu alanlarda rekabetin ve tüketici haklarının korunması gerekmekte ve klasik idare sistemi bu faaliyetleri yapmak için gerekli donanımdan ve teknik bilgiden uzak bulunmaktadır. Bu nedenle söz konusu faaliyetleri yerine getirecek donanımlı, teknik bilgiye sahip, denetleme ve düzenleme yapma yetkisine haiz idarelerin kurulması ihtiyacı doğmuştur.²

Ayrıca iktidarların siyasal nedenlerle alamayacakları veya almayı erteleyebilecekleri kararların, prensip olarak siyasi etkilerden ve saiklerden arındırılan Düzenleyici ve Denetleyici Kurullar tarafından alınabilecekleri, bu kuruluşların devletlerin ihtiyacı olan uzun dönemli politikaları oluşturabilecekleri ve yürütme organının popülist tavırlarından çekinen yasama organlarının, Düzenleyici ve Denetleyici Kurullar vasıtasıyla bu tavırların önüne geçmeyi amaçlamaları da önemli etkenlerdir.³ Son olarak bazı uluslararası kuruluşların da Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların kurulmasını teşvik ettikleri görülmektedir.

1 Günday, Metin(2001) 'Bağımsız İdari Otoriteler Paneli' Bağımsız İdari Otoriteler, 1.Baskı, Ankara, Rekabet Kurumu, s. 75.

2 Atay, E. Ethem (2006), 'Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 10, Cilt: 1-2, 259-293, s. 261.

3 Çağlayan, Ramazan (2014) İdare Hukuku Dersleri, 2.Baskı, Ankara, Adalet Yayınları, s. 227.

Türkiye’de kurulan ilk Düzenleyici ve Denetleyici Kurulun hangi kurum olduğu konusunda farklı görüşler mevcuttur. Osmanlı İmparatorluğu’nun son döneminde kurulan Düyun-u Umumiye İdaresinin ilk Düzenleyici ve Denetleyici Kurul olduğu görüşüne karşın⁴, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası’nın ilk Düzenleyici ve Denetleyici Kurul olduğu iddia edilmiştir.⁵ Başka bir görüş ise, 1959 yılında kurulan Sigorta Murakabe Kurulunun ilk Düzenleyici ve Denetleyici Kurul olduğunu düşünmektedir.⁶

Diğer taraftan amaçsal ve niteliksel olarak Dünyadaki örneklerine benzeyen Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların kuruluş sürecinin, özelleştirmelerin hızlanması sonrasında düzenleyici devlet anlayışının ön plana çıkmasıyla başladığı görülmektedir. Bu doğrultuda, 1981 yılında Sermaye Piyasası Kurulu kurulmuş ve sonrasında IMF ile Dünya Bankası ve Avrupa Birliği’nin etkileyiyle Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların sayıları artırılmıştır.⁷

Mevcut durumda Türkiye’de faaliyet gösteren Düzenleyici ve Denetleyici Kurullar; Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK); Sermaye Piyasası Kurulu (SPK); Kamu İhale Kurumu (KİK); Rekabet Kurumu (RK); Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu (KGMDSK); Enerji Piyasası Düzenleme ve Denetleme Kurulu (EPDK); Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK); Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK), Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu (TAPDK) ile Biyogüvenlik Kuruludur (BK).

II. DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURULLARIN DENETLENMESİ

A. GENEL OLARAK

Düzenleyici ve Denetleyici Kurullar; yerine getirdikleri faaliyetler nedeniyle, karar organlarının bağımsız karar alabilmelerini sağlayacak şekilde teşkilatlanmışlar, çeşitli güvencelerle donatılmışlardır. Zira bu kuruluşların

4 Güler, Birgül A. (2006) ‘Yönetimde Özerklik Sorunu: Duyunu Umumiyei Osmanlı Meclisi İdaresi 1881-1948’ Memleket Siyaset Yönetim, Sayı: 1, 97-121, s. 116.

5 Sever, Çiğdem (2015) ‘Türkiye’de Düzenleyici Kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü’ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, Cilt: 64, 195-216, s. 213. Bununla birlikte yazar, doktrindeki genel kabule ek olarak Merkez Bankası ve Biyogüvenlik Kurulunu da Bağımsız İdari Otorite olarak kabul etmektedir.

6 Sayhan, Şebnem (2003) ‘Bağımsız İdari Otoritelerin Hukuki Niteliği’ İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı: 29, 91-100, s. 95.

7 Kent, Bülent (2012) Türk ve Alman Hukukunda Elektrik Piyasasının Düzenlenmesi ve Düzenleyici Kurumları, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 169.

siyasi etkiler ve çekincelerden uzak bir şekilde, uzun dönemli politikalar geliştirip uygulayabilmeleri ve düzenledikleri piyasada faaliyet gösteren aktörlere tarafsız biçimde muamele etmeleri hedeflenmiştir. Bu kapsamda personel rejimleri, çalışma usulleri ve karar verme süreçlerine ilişkin çeşitli güvenceler öngörülmüştür.

Söz gelimi bu kuruluşların idari ve mali özerk olduklarına, yetki ve görevlerini bağımsızca yerine getireceklerine, bu kuruluşlara hiçbir organ ya da makam tarafından emir ve talimat verilemeyeceğine ya da kararlarının yerindedelik denetimine tabi tutulamayacağına kendi kanunlarında yer verilmiştir. Yine başkan ya da üyelerinin görev süreleri sona ermedikçe görevden alınmayacakları getirilen bir diğer güvencedir. Diğer yandan söz konusu güvencelerin varlığı ile birlikte; bu kuruluşların da idarenin bütünlüğünü sağlamak üzere bazı usullerle denetlenmeleri gerekmektedir.

Zira Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "İdarenin bütünlüğü ve kamu tüzelkişiliği" başlıklı 123.maddesinin 1.fıkrasına göre; "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir." Söz konusu madde, idarenin bir bütün olduğunu ifade etmekle başladıktan sonra; idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığını ifade etmiştir. İdarenin merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanıyor olması, onu parçalı bir yapı halinde ortaya çıkarabileceğinden; üniter devlet yapısının da bir gereği olarak idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olması gerektiği kabul edilmiş ve idarenin her ne kadar merkezden yönetim ve yerinden yönetim şeklinde teşkilatlanması söz konusu olsa da kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu belirtilmiştir. Bu bütünlük çeşitli denetim mekanizmalar ile sağlandığından, Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların da denetlenmeleri ve idarenin bütünlüğünde dâhil edilmeleri gerekmektedir. Fakat bu kuruluşlara getirilen güvencelere rağmen denetlenmelerinin nasıl sağlanacağı bir sorun teşkil etmektedir. Bu problemin ancak Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların bağımsızlığının doğru anlaşılması yoluyla giderilmesi mümkündür.

Devletin sunduğu hizmet alanlarında özel sektörün de faaliyet gösterebilmesiyle artan hizmet sunucuları arasında; tarafsızca düzenlemelerin yapılarak, politika ve stratejilerin geliştirilebilmesi ve bu sunucuların denetlenirken etkin kararlar alınabilmesi amacıyla teşkilatlanmış Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların, sayılan faaliyetleri yerine getirebilmeleri için; personel rejimi,

çalışma usulleri ya da verdikleri kararlar üzerinde bir takım güvencelerin olması, bu kuruluşları idareden bağımsız kuruluşlar haline getirmemelidir. Zira bu durumda, yaptırım uygulama yetkisiyle donatılmış olmakla birlikte, temsili demokraside meşruiyet zeminine oturtulmamış bu kuruluşların; oldukça önemli alanlarda gerçekleştirdikleri faaliyetlerin yanında, olası yanlış uygulamalarının, iş yükünün fazlalığı nedeniyle yavaş işleyen yargısal denetime tabi olmaktan başka şekilde denetlenememesi söz konusu olacak, diğer bir deyişle bu kuruluşların “yavru Leviathanlar” haline geldikleri görülecektir.⁸

Bunun yerine bağımsızlık kavramının; yürütme, yasama ya da yargı organına karşı tam bir bağımsızlıktan ziyade; kurumlarda yer alanların görevlerini bağımsız olarak yürütmelerini sağlayacak güvencelerle belirlenen ve görev süresi boyunca görevden alınmalarını engelleyici mekanizmalarla gösterilen; “*karar alma ve bunu uygulama süreçlerinde diğer idari birimlerin iradesiyle bağlı olmama*” olarak anlaşılması gerekmektedir.⁹ Erku’tun da belirttiği üzere bağımsızlıktan anlaşılacak gereken, siyasî erke karşı bağımsızlıktan ziyade, personelinin siyasî erke karşı bağımsızlığıdır.¹⁰ Söz konusu bağımsızlık, hem Anayasa Mahkemesi hem de doktrin tarafından “idari ve mali özerklik” olarak anlaşılmaktadır.¹¹

Bundan başka; Anayasa’nın 123.maddesinin, idarenin merkezden yönetim ve yerinden yönetim şeklinde teşkilatlanacağını düzenlemesine rağmen Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların teşkilatlanma şekillerinin açıkça belirlenmemiş olmasının, denetlenme usullerinin tespitinde ikinci bir sorun teşkil edeceği düşünülmektedir.

Bilindiği gibi idarenin teşkilatlanma esasları olan merkezden yönetim ve yerinden yönetim, idarenin temel amacı olan kamu yararının sağlanması amacıyla kabul edilen ve kamu hizmetlerini yerine getirecek kuruluşları sınıflandıran esaslardır. Kamu yararı amacıyla var olan idare, kural olarak mer-

8 Talat Aslan, Nagehan (2010) ‘Yönetimin Yeni Yapıtaşları Bağımsız İdari Otoritler: “Yavru Leviathanlara” Doğru’ Sosyal Siyaset Konferansları, Sayı: 59, Cilt: 2010/2, 25-49, s. 45.

9 Tekinsoy, Ayhan (2007) ‘Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı-Tartışmalar, Sorunlar’ Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2007/2, 119-134, s. 122.

10 Erku, Celal (2001) ‘Bağımsız İdari Otoriteler Paneli’ Bağımsız İdari Otoriteler, 1.Baskı, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, s. 84.

11 “Tütün, Tütün Mamulleri, Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu, idari ve mali özerliğe sahip, kamu hizmeti görmek üzere Anayasa’nın 123. maddesine göre kurulmuş, denetim ve düzenleme görevi de üstlenebilen tüzel kişiliği haiz bir kamu kurumudur.” Anayasa Mahkemesi, E: 2002/32, K: 2003/100, T: 11.08.2014. Aynı yönde görüş için Bkz. Günday (2001), s. 73.

kezden yönetilmekte ve soyut kamu yararı kavramını, merkezden planlayarak yürüttüğü faaliyetler ile somutlaştırmakta ve bu faaliyetleri hem başkentte hem de taşrada yer alan görevlileriyle yerine getirmektedir. Bununla birlikte söz konusu faaliyetlerin merkezden planlanarak yürütülmesinin getirdiği bazı sakıncaların önüne geçilebilmesi amacıyla idari faaliyetlerin gerçekleştirildiği bölgelerde yaşayan halkın mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak ya da özel bilgi gerektiren bazı kamu hizmetlerinin merkezi idare dışındaki kuruluşlarla gerçekleştirmek amacıyla da yerinden yönetim kuruluşları kurulmuştur.

Düzenleyici ve Denetleyici Kurullar, ayrı tüzel kişilik sahibi olmaları nedeniyle merkezi idare içerisinde yer almamaktadırlar. Zira merkezi idarenin tüm kuruluşları devlet tüzel kişiliğine dâhildir. O halde merkezi idareye dâhil olmayan Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların yukarıda yer verilen Anayasa hükmü gereği yerinden yönetim kuruluşlarına dâhil olmalarından başka bir ihtimal söz konusu olmayacaktır. Bundan sonra söz konusu kuruluşların, belirli bir bölgede yaşayan halkın mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla teşkilatlanan yer bakımından yerinden yönetim kuruluşlarına mı dâhil olacakları yoksa teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren faaliyetleri yerine getirmek maksadıyla kurulan hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlarına mı dâhil olacakları sorunu gündeme gelecektir.

Doktrinde genel kabul gören görüşe göre, yer bakımından yerinden yönetim kuruluşları Anayasa'da sınırlı olarak sayıldığından ve ortaya çıkış nedenleri de farklı olduğundan; Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların yer bakımından yerinden yönetim kuruluşlarına dâhil edilmeleri mümkün değildir.¹² Söz konusu kuruluşların, belirli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulmamış olmak, özerk bütçe sahibi ve bağımsız olmak gibi özellikleri nedeniyle hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlarına da dâhil olmadıkları, bu nedenle yerinden yönetim kuruluşları altında ve fakat yer bakımından yerinden yönetim idareleri ile hizmet bakımından yerinden yönetim idareleri yanında bir üçüncü kuruluş olarak teşkilatlanmalarının gerektiği ifade edilmiştir.¹³ Bu görüşten başka; Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların yerine getirdikleri faaliyetlerin bir tür özel idari kolluk niteliğinde olmasından yola çıkarak, bu kuruluşların özel nitelikte bir kamu hizmeti yerine getirdikleri ve bu nedenle de hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları içerisine dâhil edilmele-

12 Günday, Metin (2013) İdare Hukuku, 10.Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, s. 574.

13 Günday (2013), s. 575. Aynı yönde: Kent, s. 167 ; Atay (2006), s. 273.

rinin gerektiği de yerinde olarak ifade edilmiştir.¹⁴

Sonuç olarak, Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların yerinden yönetim kuruluşlarına dâhil oldukları düşünülmektedir. Bu kuruluşların hangi yerinden yönetim kuruluşuna dâhil edilecekleri fark etmeksizin, merkezi idarenin denetimine tabi olmaları söz konusu olacaktır. Diğer yandan söz konusu denetimin, bu kuruluşlara tanınan güvencelerle uyumlu olması da gerekecektir. Bu kapsamda Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların bir bakanla ilgilendirilmeleri ya da ilişkilendirilmeleri; bazı faaliyet ve işlemlerini ilgili/ilişkili bakana bildirmeleri; belli aralıklarla TBMM'ye rapor verme ya da istendiği hallerde Bakanlar Kurulu'na bilgi verme zorunlulukları; yukarıda ifade edilen denetim şekilleri kapsamında değerlendirilebilir.

Sözgelimi Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ya da Sermaye Piyasası Kurulu'nda görev yapan bir üyenin bazı sebeplerle görevinden çekilmiş sayıldığı ilgili bakana bildirilecek, yine kurulca hazırlanan yıllık faaliyet raporları ilgili bakana gönderilecektir. Bundan başka Enerji Piyasası Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından hazırlanan yıllık raporun ilgili bakana sunulacağı, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun hazırladığı düzenleyici kararların, tekemmül etmesinden itibaren en geç yedi işgünü içinde ilişkili bakanlığa ve yayımlanmak üzere Başbakanlığa gönderileceği, yine BDDK'nın faaliyetleri hakkındaki yıllık raporun, ait olduğu dönemi izleyen yılın mayıs ayı sonuna kadar Bakanlar Kuruluna sunulup, kesin hesaplar ile birlikte kamuya açıklanacağı ve kurumun faaliyetleri ile ilgili olarak yılda bir defa Türkiye Büyük Millet Meclisi Plân ve Bütçe Komisyonuna; stratejilerine ve bu stratejilerin yerine getirilmesine ilişkin olarak ise Bakanlar Kuruluna altı ayda bir bilgi vereceği hüküm altına alınmıştır.

Söz konusu denetim şekilleri Düzenleyici ve Denetleyici Kurullara tanınan güvencelerle uyumlu olarak, sadece bilgi verme mahiyetinde olan ve bilgi verilen işlemin hukuka aykırı görülmesi halinde uygulanacak denetim mekanizmalarına yer vermeyen usullerdir. Fakat bu kuruluşların kanunları incelendiğinde, idari vesayete benzer denetim şekillerini bünyesinde barındıran hükümlerin mevcut olduğu görülmektedir.

14 Sever, s. 220. Aynı yönde; Azrak, A. Ülkü, 'Dünyada ve Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar' (2001) Bağımsız İdari Otoriteler, 1.Baskı, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, s. 23.

B. İDARİ VESAYET DENETİMİ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 127.maddesinin 5.fıkrası, idari vesayet yetkisini düzenlemektedir. Söz konusu fıkraya göre; “*Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir.*” Görüldüğü gibi bu fıkra, merkezi idarenin yer bakımından yerinden yönetim kuruluşları olan mahalli idareler üzerindeki idari vesayet yetkisi Anayasal zemine oturtulmuş ve hangi amaçlarla kullanılabilceği belirtilmiştir.

Bununla birlikte yukarıda değinildiği üzere yerinden yönetim kuruluşları sadece yer bakımından yerinden kuruluşları olarak değil, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları olarak da teşkilatlanmışlardır. Fakat bu kuruluşların, idari vesayet ile denetlenip denetlenemeyecekleri Anayasa’da ifade edilmemiş, sadece merkezi idarenin mahalli idareler üzerindeki idari vesayet yetkisinden bahsedilmiştir.

Doktrinde, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları üzerindeki idari vesayet yetkisinin her ne kadar Anayasa da açıkça belirtilmemesi söz konusu olsa da, bu kuruluşlara göre çok daha özerk olan mahalli idareler açısından Anayasal olarak kabul edilen bu yetkinin, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları üzerinde öncelikle var olmasının gerektiği ifade edilmiştir.¹⁵ Ayrıca mahalli idareler üzerindeki idari vesayet yetkisine Anayasa’da yer verilmesinin, hizmet bakımından yerinden yönetimler üzerinde idari vesayet yetkisinin olamayacağı manasına gelmediği, Anayasal hükmün sadece, mahalli idarelerin özerkliğini koruduğu da ifade edilmiştir.¹⁶ Anayasa mahkemesi de, idari vesayet yetkisinin mahalli idareler üzerinde var olmasının karşısında; hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarında da var olduğunu kabul etmenin gerektiğini ve Anayasa’nın 123.maddesinde yer alan idarenin bütünlüğü ilkesinin de bu hususu desteklediğini düşünmektedir.¹⁷

Bu konuda yerinde olduğu düşünülen bir başka görüş de; Anayasa’nın sadece merkezi idare ile mahalli idareler arasındaki ilişkiyi idari vesayet olarak adlandırdığından yola çıkarak diğer kamu tüzel kişileri ile merkezi idare

15 Günday (2013), s. 85. Bu husus, “seçilmiş organların dahi idari vesayetle denetlenebildiği bir durumda, atanmışların öncelikle denetlenebileceği” şeklinde ifade edilebilir.

16 Yıldırım, Ramazan (2014) Türk İdari Rejimi, 6.Baskı, Konya, Mimoza Yayınları, s. 35.

17 Anayasa Mahkemesi, E: 2011/142, K: 2013/52, T. 29.05.2014.

arasındaki ya da bu kuruluşların birbiri arasındaki idari vesayet kavramı dışındaki bir kavramla açıklanmasına gerek olmadığını; zira idari vesayet kavramının, kamu tüzel kişilerinin denetlenmesinde kullanılan yerleşmiş bir kavram olması nedeniyle merkezi idare ile hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları arasında da kullanılabileceğini ve bunda bir sakınca olmadığını belirtmiştir.¹⁸

Doktrinde idari vesayet yetkisinin özellikleri şu şekilde sıralanmıştır.¹⁹ İdari vesayet yetkisi ancak merkezi idare tarafından yerinden yönetim kuruluşları üzerinde ve Anayasa'da belirtilen esaslar doğrultusunda kullanılabilir. Söz konusu yetki, kanunun öngördüğü kişiler tarafından, kanunun öngördüğü ölçülerde ve alanlarda; kanunun açık bir hükmüne dayanarak kullanılabilir. İdari vesayet denetimi, yerinden yönetim idaresinin işlemleri, organları ve personeli üzerinde kullanılabilir. Bu yetki kural olarak hukukilik, kanunda açıkça yer verilmesi halinde yerindelik denetimini içerecek şekilde olabilir, fakat denetime tabi olan kamu tüzel kişisinin idari ve mali özerkliğinin korur; emir ve talimat verme²⁰ ya da onun yerine geçerek işlem yapma imkânını kural olarak tanımaz.²¹ Söz konusu yetki, idarenin bütünlüğünü gerçekleştirmek üzere, genel anlamda kamu yararını ve kamu görevlerinde birliğin sağlanması ile mahalli müşterek ihtiyaçların gereği gibi karşılanmasını sağlamak amacıyla kullanılır.²²

İdari vesayet yetkisi çeşitli şekillerde kullanılabilmektedir. Buna göre, vesayet makamları; idarelerin kuruluş işlemlerine katılmak, organlarına atamalar yapmak, toplantılarını yönetmek ya da toplantılarında temsilci veya gözlemci bulundurmak yoluyla bu yetkiyi kullanılacakları gibi; idarenin bir işlem yapabilmesi için izin vermek, yaptığı işlemleri onamak, yapılan işlemleri ertelemek, yürürlüğünü durdurmak ya da değiştirmek veya düzeltmek, bazı hallerde idarenin yerine geçerek işlem yapmak, bazı işlemler için görüş vermek ya da başvuru ve anlaşmazlıkları karara bağlamak şeklinde kullanılacaklardır.²³

18 Yıldırım, Turan & Yasin, Melikşah & Kaman, Nur & Özdemir, H.Eyüp & Üstün, Gül & Okay Tekinsoy, Özge (2013) İdare Hukuku, 5.Baskı, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, s. 37.

19 Akyılmaz, Bahtiyar & Sezginer, Murat & Kaya, Cemil (2013) Türk İdare Hukuku, 4.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 213 vd.

20 Çağlayan, s. 97.

21 Yıldırım & Yasin & Kaman & Özdemir & Üstün & Okay Tekinsoy, s. 39.

22 Çağlayan, s. 95.

23 Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Derdiman, Cengiz (2015) İdare Hukuku, 5.Baskı, Bursa, Alfa Aktüel Yayınları, s. 65 vd.

III. DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURULLAR ÜZERİNDE İDARİ VESAYET DENETİMİ

A. GENEL OLARAK

Yukarıda ifade edildiği üzere, Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların bağımsızlıkları ya da idari teşkilat içerisindeki konumları, bu kuruluşların denetlenmelerine engel teşkil etmemektedir. Bu kuruluşların yapılarına uygun şekilde denetlenerek idarenin bütünlüğüne dâhil edilebilmeleri mümkündür. Diğer yandan söz konusu kuruluşların kanunlarında yer verilen bazı usullerin, bu kuruluşlar için öngörülen güvencelerin sınırlarını zorladıkları ve hatta idari vesayet denetimini bünyesinde barındırdıkları görülmektedir. Bu nedenle Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların idari vesayet denetimine tabi olup olmayacaklarının tespiti gerekmektedir.

Anayasa'nın 127.maddesininin 5.fıkrası; merkezi idareye, mahalli idareler üzerinde mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisi tanımaktadır. Madde kapsamında tanınan denetim yetkisi, merkezi idare ile mahalli idareler arasındaki vesayet ilişkisini düzenlemektedir. Merkezi idarenin hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları üzerinde kullanabileceği vesayet yetkisi ise Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde yer almaktadır. Örneğin, kamu tüzel kişiliğine sahip meslek kuruluşları üzerindeki vesayet yetkisini ifade eden 135.maddenin 5.fıkrasına göre, *"Bu meslek kuruluşları üzerinde Devletin idari ve mali denetimine ilişkin kurallar kanunla düzenlenir."* Bu düzenleme de, devletin idari ve mali denetim yetkisine sahip olduğunu ifade etmiş ve fakat söz konusu yetkiyi herhangi bir amaca bağlamamıştır. Bununla beraber yukarıdaki hükme paralel olarak, yetkinin içeriğinin kanunla doldurulacağını ifade etmiştir. Belirtilmelidir ki, merkezi idareye tanınan Anayasal denetim yetkilerinden sadece mahalli idareler üzerindeki denetim yetkisi idari vesayet olarak adlandırılmış, merkezi idarenin meslek kuruluşları üzerinde kullanacağı denetim yetkisi ise idari ve mali denetim yetkisi şeklinde ifade edilmiştir.

Buradan çıkarılmak istenen sonuç şudur: merkezi idare, yerinden yönetim kuruluşları üzerinde idarenin bütünlüğünü sağlamak üzere idari denetim yetkisine sahiptir. Bu yetki mahalli idareler üzerinde kullanıldığında, Anayasal olarak idari vesayet yetkisi şeklinde adlandırılmıştır. Bununla beraber

mahalli idareler üzerindeki bu yetkinin hizmet yerinden yönetim kuruluşları üzerindeki yetkiyle birebir örtüşmesi de söz konusu değildir. Fakat her ne kadar birebir aynı olmasa da idare hukuku doktrini tarafından merkezi idarenin yerinden yönetim kuruluşları üzerindeki yetkisinin idari vesayet olarak adlandırılması nedeniyle, hizmet yerinden yönetim kuruluşları üzerindeki denetim yetkisi de idari vesayet olarak görünmektedir. Ayrıca gerek mahalli idareler üzerindeki yetkinin gerekse hizmet yerinden yönetim kuruluşları üzerindeki yetkinin içeriğinin kanuna bırakılması nedeniyle söz konusu yetkilerin birbirinden farklı şekilde düzenlenmesi mümkün hale getirilmiştir. Burada önemli olan, merkezi idarenin farklı araçlarla da olsa yerinden yönetim kuruluşlarını denetleyebilmesidir.

O halde Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların da çeşitli denetim mekanizmaları ile merkezi idare tarafından denetlenmeleri mümkündür. Bu denetim şekillerinin, Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların güvencelerine uygun olarak belirlenmesi daha doğru olacaktır. Zira bağımsızlık olgusu ve bu kapsamda idari vesayet ya da hiyerarşi denetimi kapsamında olmayışın, bu kuruluşlar açısından temel bir unsur olarak kabul edildiği görülmektedir.²⁴ Diğer taraftan idari vesayete varan bir mekanizma öngörülmesinde de teknik olarak bir engel bulunmamaktadır.

B. DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURULLAR ÜZERİNDE İDARİ VESAYET DENETİMİ USULLERİ

Daha önce ifade edildiği üzere, Düzenleyici ve Denetleyici Kurullarının çeşitli şekillerde denetlenmeleri söz konusudur. Kuruluş kanunları ve ilgili diğer mevzuat incelendiğinde; bu kuruluşların organları, işlemleri ve personeli üzerinde öngörülen denetim mekanizmalarından bazılarının; idari vesayet denetimini bünyelerinde barındırdıkları görülmektedir.

İleride daha ayrıntılı incelenecek olan bu husustan başka, idari vesayet olarak değerlendirilmemekle birlikte, Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların çalışma alanlarına ilişkin düzenleyici işlemlerin yürütme organı tarafından hazırlanıyor ya da yürürlüğe konuluyor oluşu da, bu kuruluşların özerkliğini etkilemektedir.²⁵ Söz gelimi SPK, EPDK, BDDK, TMSF, BTK, TAPDK, KİK ve

24 Atay (2006) s. 281 ; Dönmez, Eftal (2003), 'Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler' Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2003/2, 55-78, s. 58.

25 Tan, Turgut (2002) 'Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar' Amme İdaresi

KGMSDK hizmet birimlerinin görev alanları, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenecektir. Yine TAPDK'nın çalışma usul ve esasları ile kurul üyeleri, kurum personeli ile bunların yakınlarının yapamayacakları işler kurum önerisi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle; Rekabet Kurumunun yetkilerini kullanışı, yönetim ve çalışma esasları, kurulca hazırlanacak ve Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacak yönetmelik ile düzenlenecektir. Bundan başka 5977 s. Biyogüvenlik Kanununda yer alan birçok hususun düzenleneceği yönetmelikler de, ilgili bakanlık tarafından çıkarılacaktır. Yürütme organının düzenleyici işlemler yapabilmesi ile denetim yetkisi arasındaki bağlantıyı göstermesi açısından en açık örnek TAPDK ve RK ile ilgili yetkidir. Zira her iki kurumun çalışma esasları, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenecektir.

İfade edilmelidir ki, merkezi idarenin düzenleyici işlemler yapmak ya da yürürlüğe koymak yoluyla kullanabileceği bu yetki, idari vesayet denetimi olarak değerlendirilmemektedir. Bununla beraber söz konusu yetkinin, Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların güvenceleri ile tam örtüşmediği de söylenmelidir. Zira kamu tüzel kişiliğine sahip ve bu nedenle yönetmelik çıkarabilecek olan söz konusu kuruluşların, kendi çalışma alanlarına ilişkin hususları, kendi çıkaracakları yönetmeliklerle düzenleyebilmeleri beklenir.²⁶ Nitekim RTÜK'ün kuruluş kanunu olan 6112 s. Kanunun "Yönetmelikler" başlıklı Geçici 2.maddesi, belirtilen kanun uyarınca yürürlüğe konulması gereken yönetmeliklerin, üst kurulca hazırlanıp Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe gireceğini düzenlemektedir. Diğer Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların da aynı şekilde yetkilendirilmelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Bu husustan başka, Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların kuruluş kanunlarında yer verilen denetim şekillerinden bazılarının, idari vesayet denetimini bünyelerinde barındırdıkları görülmektedir. Aşağıda Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların söz konusu denetlenme şekilleri incelenecek ve idari vesayet bakımından değerlendirilecektir.

1. Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların Üye ve Başkanlarının Atanması

RTÜK dışındaki tüm Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların başkan ve üyeleri, yürütme organı tarafından atanmaktadır. Bu atamaların büyük kısmı

Dergisi, Sayı: 2, Cilt: 35, 11-37, s. 18.

26 Biyogüvenlik Kurulu'nun kamu tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Bu nedenle, kuruluşun yönetmeliklerinin ilgili bakanlık tarafından hazırlanması söz konusu olacaktır.

ise Bakanlar Kurulu tarafından yapılmaktadır. Söz konusu atama şekli, TAPDK ya da KİK’de görülen şekliyle, öncesinde var olan bir bakan önerisi üzerine gerçekleştirilebildiği gibi; SPK, EPDK ya da BDDK örneğinde olduğu gibi doğrudan Bakanlar Kurulu’nun atama yapması biçiminde de olabilir. Bazı hallerde kurul başkan ya da üyelerini belirleme yetkisine sahip olan iradenin, kurul ikinci başkan ya da yardımcılarını belirleme yetkisi de söz konusudur. Örneğin, Kamu İhale Kurumundaki durum böyledir.

RTÜK ve Biyogüvenlik Kurulu üye ve başkanlarının belirlenme şekilleri ise daha farklı şekilde düzenlenmiştir. Zira RTÜK üyeleri TBMM tarafından, başkanı ise RTÜK üyeleri tarafından seçilirken; Biyogüvenlik Kurulu üyeleri, kontenjan tanınan Bakanlar tarafından doğrudan seçilmekte; kurul başkanı ise Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanı tarafından atanmaktadır.

Yukarıda yer verilen düzenlemeler nedeniyle; Türkiye’de faaliyet gösteren Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların oluşumunda yürütme organına geniş kapsamlı yetkilerin tanındığı ve bu yetkilerin, merkezi idarenin mahalli idarelerin organları üzerinde kullanabildiği vesayet yetkisine benzer oldukları gözlemlenmektedir. Gerçekten de mahalli idarelerin organ ve görevlilerini seçmek, atamak ya da bu organları oluşturmak amacıyla yapılan seçimleri onamak; merkezi idarenin vesayet yetkisi kapsamında değerlendirilen bir husustur.²⁷ Zira atama yetkisi kullanılarak, mahalli idarelerin çalışma ve politikaları daha yakından izlenecek ve bu idarelerin kamu yararı gerekleri doğrultusunda yönetilmesi sağlanabilecektir.²⁸

Ayrıca, merkezi idarenin mahalli idarelerin organları üzerindeki vesayet yetkisi kapsamında değerlendirilen²⁹ “İl Özel İdaresi Genel Sekreterinin ya da Büyükşehir Belediyesi Genel Sekreterinin atanması” işlemlerinde yetkili olan irade ile Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların karar organlarının atanmasında yetkili olan irade ve yapılan işlemlerin niteliği aynıdır. Zira hem İl Özel İdaresi hem de Büyükşehir Belediyesi Genel Sekreteri, daha önce yapılan teklif üzerine İçişleri Bakanı tarafından atanmaktadır. Bu atama şekli, yukarıda yer verildiği üzere bazı kurulların atama usulleriyle paralel bir düzenlemeyken (doğrudan bakan tarafından yapılan atama şekli) bazıları açısından da atamayı yapan organ açısından (yürütme organı tarafından yapılan atama şekli) benzerlik taşımaktadır.

27 Günday (2013), s. 87.

28 Aslan, Zehreddin (1989) ‘İdari Denetim Biçimleri’, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 100.

29 Akyılmaz & Sezginer & Kaya, s. 226 ; Derdiman, s. 65.

Sonuç olarak; Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların oluşumunda yürütme organına tanınan atama yetkileri, merkezi idarenin mahalli idarelerin organları üzerindeki vesayet yetkisine benzer nitelik taşımaktadırlar. Bu yetkilerin varlığı; Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların faaliyetleri üzerinde yapılacak bir hukuki denetim yerine; söz konusu denetimin henüz karar organlarının oluşumunda gerçekleştirilmesini sağlamaktadır.

Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların karar organlarının oluşturulmasında yürütme organına (ya da RTÜK üyelerinin belirlenmesinde TBMM Genel Kuruluna) yetki tanınmış olması; üyelerinin belirlenmesini siyasi etkiye açık bırakacağı ve bu kuruluşların organik bağımsızlıklarına gölge düşüreceği nedenleriyle eleştirilmiş,³⁰ geçmişte yapılan atamalarda, siyasi pazarlıkların söz konusu olduğu ve hatta kurulların karar almak için gereken üye sayılarına ulaşamamaları pahasına bu pazarlıkların devam ettirildiği ifade edilmiştir.³¹

Söz konusu eleştirilerin haklılık payının yanında; mevcut sistemde, bu kuruluşların oluşturulması amacıyla yapılacak atamaları, yasama ya da yürütme organı dışında bir iradenin yapması mümkün görünmemektedir. Ayrıca Kurulların oluşumundaki siyasi etkilerin, yasamanın ya da yürütmenin atama yapması fark etmeksizin söz konusu olabileceği de bir gerçektir. Nitekim Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların bağımsızlığını garanti edecek sihirli bir formülün henüz bulunmadığı ifade edilmiştir.³² Siyasi etkilerden uzak bir atama işlemini sağlayacak olan, hangi organın atama yapacağı değil; atama işlemini yapan organın tutumu olup; siyasi atamalar yapmak yerine daha somut liyakat kriterlerine göre atama yapılması şeklinde somutlaşmaktadır. Diğer taraftan siyasi etkilerden farklı olarak, atama işlemini gerçekleştirecek olan organın; kimi, hangi nitelikleri nedeniyle atayacağını değerlendirmesi de bir gereklilik ve “İdarenin Bütünlüğü” ilkesini sağlamanın bir yoludur. Bu nedenle söz konusu makamlara bir değerlendirme alanının tanınması da gerekmektedir.

Bu eleştirilere neden olan çekinceleri en aza indirmesi açısından, BTK, KGMDSK ve RK açısından öngörülen ve bu kuruluşlara üye atanacakların, düzenleme konusu sektörlerde faaliyet gösteren kuruluşlarca önerilebileceğini düzenleyen hükümler önemlidir.³³ Örneğin BTK’da görev yapacak ve telekomünikasyon sektörünü temsil edecek iki üye, 2813 s. Kanun uyarınca Türki-

30 Günday (2001), s. 74.

31 Sezen, Seriyeye (2005) ‘Türkiye’de Düzenleyici Kurulları Kimler, Nasıl Yönetiyor?’ Amme İdaresi Dergisi, Sayı: 4, Cilt: 38, 85-115, s. 94.

32 Tan, Turgut (2014) İdare Hukuku, 3.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 201.

33 Diğer yandan bu seçim şeklinin, seçilen üyelerin kendilerini öneren iradelerin menfaatleri doğrultusunda hareket etmelerine neden olabileceği ihtimalinin de altının çizilmesi gerekmektedir. Bu nedenle söz konusu seçim şeklinin tek başına değil, yukarıda yer verilen diğer seçim usulleriyle birlikte uygulanmasında fayda vardır.

ye'de telekomünikasyon cihaz ve sistem imalatı, telekomünikasyon hizmeti yürütmekte ya da alt yapı işletmekte olan ve ilgili telekomünikasyon hizmeti piyasasında Türkiye çapında en az %10'luk pazar payına sahip olan işletmelerin göstereceği ikişer aday arasından atanacaktır. Tüketicileri temsil eden üye için de Sanayi ve Ticaret Bakanlığının yanında Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin aday gösterebileceği hüküm altına alınmıştır. Yine KGMDSK'nın oluşumunda Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ikişer aday önerecek ve bunların ikisi atanacaktır. RK'nın oluşumunda da Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Yargıtay ve Danıştay'ın ikişer aday önermesi ve bunlardan üçünün atanması söz konusudur.

Düzenleyici ve Denetleyici Kurullara yapılan atamalar açısından dikkat çekilmek istenen bir başka husus ise, görevi sona eren üyelerin tekrar atanabilme durumudur. Bilindiği gibi, Türkiye'de faaliyet gösteren Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların hiçbiri açısından yeniden atanabilme yasağı söz konusu değildir. Görevi sona eren kurul üyelerinin ancak bir kez tekrar atanabileceğine ilişkin kural ise; sadece KGMDSK, Biyogüvenlik Kurumu, BDDK, SPK ve TMSF açısından geçerlidir.

Doktrinde, Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların bağımsız olarak faaliyet göstermelerini sağlayacak formüllerden birinin de üyelerin tekrar atanabilmesini engellemek olduğu belirtilmiş,³⁴ yine Fransa örneğinde aynı amaçla öngörülen görev süresinin uzatılmaması yasağının yanında, yeniden atanabilme yasağının da mevcut olduğu ifade edilmiştir.³⁵ Bu görüşler karşısında, Türkiye'de faaliyet gösteren Düzenleyici ve Denetleyici Kurullarda görevi sona eren bir üyenin tekrar atanabilmesi ve hatta birkaç istisna dışında bu konuda herhangi bir sınırlamanın da olmaması; bu kuruluşların bağımsızlığını etkileyebilecek niteliktedir.

2. Üye ya da Başkanların Görevlerine Son Verilebilmesi, Geçici Olarak Görevden Uzaklaştırılabilmeleri, Haklarında Yapılacak Soruşturmalara İzin Verilmesi

Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların başkan ya da üyeleri üzerinde gerçekleştirilebilecek denetim şekilleri kapsamında değerlendirilen bir baş-

34 Sobacı, M. Zahid (2006) 'Türk İdari Teşkilatındaki "Adalar": Bağımsız İdari Otoriteler' Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, Cilt: 55, 157-180, s. 165 ; Tan (2014), s. 201.

35 Atay, E. Ethem (2000) Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler: Rekabet Konseyi, Perşembe Konferansları 6, Ankara, Rekabet Kurumu, s. 69.

ka husus ise, söz konusu kişilerin görev süreleri dolmadan görevlerine son verilebilmesi yetkisinin; ilgili/ilişkili bakan, Başbakan ya da Bakanlar Kurulu'na tanınmış olmasıdır. Zira Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların başkan ya da üyelerinin, görev süreleri dolmadan görevlerinden alınamayacakları bir kural olmakla birlikte; bazı istisnaların gerçekleşmesi halinde ilgili/ilişkili bakan, Başbakan ya da Bakanlar Kurulu tarafından görevlerine son verilebilecektir. Ayrıca bahsi geçen istisnai durumlardan bazılarının, kurul üye ya da başkanlarının görevden alınması işlemini daha kolay hale getireceği düşünülmektedir.

Söz gelimi Rekabet Kurulu başkan ya da üyelerinin görevlerine, ancak süreleri dolduğu takdirde son verilebileceğine 4054 s. Kanununun 24.maddesinin 2.fıkrasında yer verilmiştir. Yine aynı fıkrada, atanmaları için gerekli şartları kaybettikleri veya kendileri için getirilen yasaklara uymadıkları kurul kararı ile anlaşılan ya da kanunla verilen görevle ilgili olarak suç işledikleri mahkeme kararı ile sabit olan kurul başkan ve üyelerinin görevlerinin sona ereceğine de yer verilmiştir. Dikkat edilmelidir ki; söz konusu hükme göre, atanma için gerekli şartların kaybedildiğine ya da getirilen yasaklara uyulmadığına karar verecek olan kurulun kendisidir. Yine göreviyle ilgili olarak suç işlediği iddia edilen kişinin görevden alınabilmesi için, suç işlediğine ilişkin iddianın mahkeme kararı ile sabit olması gerekmektedir. Söz konusu hükmün kişinin görevden alınabilmesi amacıyla yapılacak değerlendirmeyi atamaya yetkili makamın değil de kurulun kendisinin ya da yargı makamının yapabileceğini açıkça düzenlemiş olması olumlu değerlendirilmekte ve bu yönüyle Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların üye ya da başkanlarının görev güvencesine hizmet etmektedir. Diğer yandan bazı Düzenleyici ve Denetleyici Kurullara ilişkin benzer durumları düzenleyen hükümler için aynı şeyleri söylemek mümkün görünmemektedir.

Zira 4733 s. Kanununun 2.maddesinde TAPDK üyelerinin; üç aydan fazla bir süre ile hastalık, kaza veya başka bir nedenle görevlerini yapamaz durumda olmaları halinde; süreleri dolmadan Bakanlar Kurulu tarafından görevden alınabilecekleri, görev güvencelerine getirilen istisnalardan biridir. Bu istisnada yer alan *“kaza veya başka bir neden”* kavramının birçok ihtimali kapsamaması nedeniyle kurul üyelerinin görev güvencesine zarar vereceği ve yetkili makamın kolay bir şekilde görevden alma işlemini gerçekleştirmesini sağlayacağı düşünülmektedir.³⁶ Yine 2813 s. Kanununun, BTK başkan ve üyelerinin görev güvencelerini düzenleyen 8.maddesinde *“... ancak görevini yapmaya engel bir hastalık veya rahatsızlık nedeni ile iş gö-*

36 Aynı hükümler EPDK üyeleri açısından da geçerlidir.

rememe halinde... Bakanlar Kurulu kararıyla süresi dolmadan görevden alınabilir.” ifadesine yer verilmiş, görevin gereklerini yapmaya engel hastalıktan başka “rahatsızlık” halinde de görevden alma işlemin gerçekleştirilebileceği düzenlemiş, hastalığın ya da rahatsızlığın hangi ölçüde göre görevin gereklerini yapmaya engel olacağı ya da bu durumu kimin tespit edeceği ise düzenlenmemiştir. Bu hüküm de; kurul başkan ve üyelerinin görev güvencelerinin gerektirdiği şekilde düzenlenmemiştir.³⁷

Bilindiği gibi, vesayet makamının yerinden yönetim kuruluşlarının organları üzerinde kullandığı vesayet denetimi biçimlerinden biri de, organların görevlerine son verilmesi şeklindedir.³⁸ Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların üye ya da Başkanları'nın görevlerine son verilebilme hallerinden bazıları da; yukarıda yer verilen gerekçeler nedeniyle; idari vesayet yetkisinin, yerinden yönetim kuruluşlarının organları üzerindeki kullanış biçimine benzemektedir.

Bundan başka, BDDK başkanı ve üyeleri açısından söz konusu olan geçici olarak görevden uzaklaştırılma hükmü de bir denetim yetkisi olarak nitelenmektedir. 5411 s. Kanununun 85.maddesinin son fıkrasına göre, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48. maddesinin A fıkrasının 5. bendinde öngörülen suçlarla ilgili olarak haklarında ceza davası açılan kurul başkan ve üyelerinden görevi başında kalması sakıncalı görülenler, Bakanlar Kurulu tarafından tedbiren görevden uzaklaştırılabilecektir. Söz konusu düzenleme, yürütme organına geçici görevden uzaklaştırma yetkisi tanınması yönüyle; mahalli idarelerin seçimle gelen organları ya da bu organların üyeleri hakkında görevleriyle ilgili olarak açılan soruşturma veya kovuşturma sebebiyle, geçici görevden uzaklaştırılabileceklerini düzenleyen ve bu hususta karar vermeyi İçişleri Bakanına bırakan Anayasa'nın 127.maddesinin 4.fıkrası ile benzeşmektedir. Söz konusu hüküm bu yönüyle, idari vesayet denetiminin yerinden yönetim kuruluşlarının organları üzerindeki kullanış biçimine benzemektedir. Zira Anayasa'nın 127.maddesinin 4.fıkrası da, idari vesayet denetimi kapsamında değerlendirilmektedir.³⁹

Yine başkan ya da üyeler üzerinde gerçekleştirilebilecek denetim yetkileri kapsamında değerlendirilen bir başka husus ise, bu kuruluşların başkan ya

37 Diğer bazı Düzenleyici ve Denetleyici Kurulları açısından daha güvenceli hükümlerin var olduğu söylenebilir. Sözelimi BDDK ve SPK açısından “ağır hastalık ve engellilik”, KİK açısından ise “ciddi hastalık veya engellilik” esasları getirilmiştir.

38 Günday (2013), s. 89. Belirtilmelidir ki yazar, burada ifade edilen yerinden yönetim kuruluşlarını; yerel yönetimler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları dışındaki “diğer yerinden yönetim kuruluşları” olarak ifade etmiştir.

39 Tan (2014), s. 100 ; Akyılmaz & Sezginer & Kaya, s. 223.

da üyeleri hakkında yapılacak soruşturmaların, daha öncesinde ilgili Bakanın iznine bağlanmasıdır.⁴⁰ Söz konusu kural; SPK, BDDK, BTK, RTÜK, TMSF ve KGMDSK açısından geçerlidir.

3. Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların İşlemleri Üzerindeki Denetim Yetkileri

Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların denetimi, bu kuruluşların kararları üzerinde de gerçekleştirilebilmektedir. Merkezi idare, Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların karar alma aşamalarına, onaylama yetkisini kullanarak ya da henüz karar alınmadan önce, karara konu işlem hakkında görüş vererek katılabilmektedir.

Belirtilmelidir ki, Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların işlemleri üzerindeki denetim; idari vesayete tabi mahalli idare işlemlerinden farklı olarak, oldukça sınırlıdır. Zira Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların faaliyetlerinin verimli ve siyasi amaçlardan uzak bir şekilde gerçekleştirilebilmesi amacıyla; bu kuruluşlara emir ve talimat verilemeyeceği ve verdikleri kararlarının yerindelik denetimine tabi tutulamayacağı kabul edilmekte ve mevzuatta düzenlenmektedir.⁴¹ Bu sınırlar dâhilinde; SPK ve BDDK hizmet birimlerinin artırılmasının, kurul başkanının teklifi ve Bakanlar Kurulunun onayı ile gerçekleştirileceğine ilişkin hüküm, işlemin onaylanması suretiyle kullanılan denetim yetkisine örnek teşkil etmektedir.

Benzer şekilde BDDK'nın iç düzenlemeleri dışındaki düzenleyici işlemlerinin yürürlüğe konulmasından önce; sektör stratejisi ve politikaları ile ilişkilerinin kurulması amacıyla ilişkili Bakanlığın görüşünün alınacağına, KİK personelinin ücretleri ile diğer malî ve sosyal haklarının, kurulun önerisi ve Maliye Bakanlığının görüşü üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenecek miktar, usul ve esaslar çerçevesinde kurul tarafından belirleneceğine; kuruluş kanunlarında yer verilmiştir.

40 Sever, s. 229.

41 BDDK, SPK ve KİK kararlarının yerindelik denetimine tâbi tutulamayacağına; Kamu Gözetimi ve Denetim Standartları Kurumu, Biyogüvenlik Kurulu ve Rekabet Kurumu'na ise hiçbir organ, makam, merci ve kişinin emir ve talimat veremeyeceğine kendi kanunlarında yer verilmiştir. Diğer taraftan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu'nun idarî yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabileceğini düzenleyen 5809 s. Kanununun 62.maddesi, konuya ilişkin diğer düzenlemelerden ayrılmaktadır. Zira söz konusu hüküm "Kurulun kararları, kurumun idarî denetimi sırasında yerindelik denetimine tâbi tutulamaz." (5809 s. Kanun md.62/1; Benzer şekilde 2813 s. Kanun md.8/8) şeklinde düzenlenerek diğerlerine benzer şekilde yerindelik yasağının kabul etmiş ve bunun yanında; bir Düzenleyici ve Denetleyici Kurul olan BTK'nın idari denetime tabi olacağını açıkça düzenlemiştir.

Yine 5809 s. Kanun kapsamında telsiz cihaz ve sistemleri için alınacak telsiz ruhsatname ve yıllık kullanım ücretlerinin, BTK'nın önerisi ve Bakanlığın teklifi üzerine, Bakanlar Kurulu tarafından belirleneceğine; kanun kapsamında elektronik haberleşme yetkilendirmelerinin yapılması öncesinde Bakanlığın strateji ve politikalarının dikkate alınacağına yer verilmiştir. Bu hüküm, BTK'nın düzenlemek ve denetlemekle görevli olduğu sektöre ait bir hususun tespitini Bakanlar Kurulu'na bırakıyor olması nedeniyle yukarıda hükümlerden farklı nitelik arz etmektedir. Zira telsiz cihaz ve sistemleri için alınacak ruhsatname ve yıllık kullanım ücretleri, elektronik haberleşme sektörüne ait olan ve BTK tarafından tespit edilmesi beklenen hususlardır. Diğer taraftan söz konusu ücretlerin Bakanlar Kurulu tarafından tespit edilmesi öncesinde BTK'nın önerisi ve bakanın teklifinin aranması, ücretlerin tespiti işlemindeki BTK'nın etkinliğini tamamen kaldırmamıştır.

Söz konusu düzenlemelerden başka; BDDK'nın düzenleyici nitelikteki kararlarına karşı ilişkili bakanlığın dava açabileceğine 5441 s. Kanunun 105. maddesinin 2.fıkrasında açıkça yer verilmiştir. Yine diğer Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların gerçekleştirdikleri işlemlerin de ilgili/ilişkili bakan tarafından idari yargıda dava konusu edebileceği kabul edilmektedir.⁴²

Bilindiği gibi onama, izin ya da görüş verme işlemleri; idari vesayet yetkisinin, vesayete tabi kuruluşların işlemleri üzerindeki kullanılma şekillerindedir.⁴³ Yine yerel yönetimlerin yaptıkları işlemlerin merkezi idare tarafından dava konusu edilebilmesi, genel olarak idari vesayet yetkisinin işlemler üzerindeki kullanılış biçimlerinden biri olarak kabul edilmektedir.⁴⁴ Bu kapsamda yukarıda yer verilen düzenlemelerin, vesayet yetkisinin işlemler üzerindeki kullanılış biçimlerine örnek teşkil ettikleri düşünülmektedir.

Bu başlık altında incelenmek istenen son husus ise, 2011 yılında kabul edilen 649 s. Kanun Hükmünde Kararnamenin; Düzenleyici ve Denetleyici Kurul işlemlerinin denetlenmesi konusunda getirdiği değişikliktir.⁴⁵ Söz konusu kanun hükmünde kararname, 3046 s. Kanunun 19/A maddesine, bakanın; kendisine bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkili olduğuna dair bir ek cümle getirmiştir. Bu değişikliğin inceleme konusu yapılmasının sebebi ise, bakanın her türlü işlem ve faaliyetini

42 Günday (2001), s. 77.

43 Derdiman, s. 67.

44 Bayındır, Muhammed Savaş (2007) 'İdari Denetim Olarak İdari Vesayet', Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 224 ; Çağlayan, s. 98 ; Yıldırım & Yasin & Kaman & Özdemir & Üstün & Okay Tekinsoy, s. 39.

45 "Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dâhil) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir."

denetleyebileceği kuruluşlar kapsamına, 5018 s. Kanuna ekli III sayılı cetveldeki kuruluşların da dâhil edilmiş olmasıdır. Zira söz konusu cetvel Düzenleyici ve Denetleyici Kurulları belirtmektedir.

Bu değişiklik, idari vesayet yetkisinin işlemler üzerinde kullanılış biçimine benzer olarak ilgili/ilişkili bakana; bağlı, ilgili ya da ilişkili kuruluşların her türlü faaliyet ve işlemlerini denetleme yetkisi tanınması nedeniyle önemlidir. Diğer yandan söz konusu denetim sonucunda yapılan işlem ya da faaliyeti hukuka aykırı gören bakanın hangi denetim mekanizmalarını harekete geçirebileceği belirtilmemiş, diğer bir deyişle ilgili/ilişkili bakana hukuka aykırı gördüğü işlem ya da faaliyeti iptal etme, durdurma, geri gönderme ya da erteleme gibi yetkiler tanınmamıştır. Bu yönüyle; söz konusu değişikliğin tanıdığı yetkinin, idari vesayet denetimini tamamıyla bünyesinde barındırdığı düşünülmektedir. Zira idari vesayetin vesayet makamında tanıdığı denetim yetkisi, esas olarak işlemin hukuka aykırı bulunması halinde işletilecek mekanizmalarla ortaya çıkmakta, bu mekanizmaları işletmenin gerekip gerekmediğinin tespiti amacıyla da işlem ya da faaliyetin denetlenmesi söz konusu olmaktadır. Diğer bir deyişle bahsi geçen hukuki mekanizmalar, denetim yetkisini de içlerinde barındırmakta, fakat denetim yetkisi kendiliğinden söz konusu mekanizmaların varlığına yol açmamaktadır.

Örneğin 5393 s. Belediye Kanunu'nun, Belediye Meclisi kararlarının kesinleşmesini düzenleyen 23.maddesinde valiye tanınan yetki de benzer şekilde idari vesayet denetimi kapsamında değerlendirilmemektedir. Söz konusu hükme göre *“Kararlar kesinleştiği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde mahallin en büyük mülki idare amirine gönderilir. Mülki idare amirine gönderilmeyen kararlar yürürlüğe girmez.”* Görüldüğü gibi bu hükümde meclis kararlarını hukuka aykırı gören valinin hangi hukuki mekanizmaları işletebileceğine yer verilmemiştir. Bu hükmün hangi halde idari vesayet denetimini içereceğine örnek teşkil eden düzenleme ise; 5302 s. İl Özel İdaresi Kanunu'nun, encümen kararlarının kesinleşmesini düzenleyen 27.maddesinin 6.fikrasında yer almaktadır. Bu hükme göre *“Vali; kanun, tüzük, yönetmelik ve il genel meclisi kararlarına aykırı gördüğü encümen kararının bir sonraki toplantıda tekrar görüşülmesini isteyebilir. Encümen, kararında ısrar ederse karar kesinleşir. Bu takdirde, vali, kesinleşen encümen kararının uygulanmasını durdurur ve idari yargı mercilerine yürütmeyi durdurma talebi ile birlikte on gün içinde başvurur. İtiraz Danıştayca en geç altmış gün içinde karara bağlanır.”* Görüldüğü gibi bu hükümde valiye, idari vesayet yetkisi kapsamında değerlendirilen *“hukuka aykırı gördüğü kararları geri göndererek kesinleşmesini öteleme”*

yetkisi tanınmış⁴⁶ ve bunun dışında, hukuka aykırı gördüğü kararlar hakkında işletebileceği diğer mekanizmalara yer verilmiştir.

Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların tüm işlem ve faaliyetlerinin ilgili/ilişkili bakan tarafından denetlenebileceğini öngören yukarıdaki hüküm de söz konusu denetleme neticesinde hukuka aykırı görülen işlem ya da faaliyet hakkında işletilecek hukuki mekanizmalara yer vermediğinden idari vesa-yet denetimi niteliğinde değildir.⁴⁷ Diğer taraftan söz konusu hükmün kabul edilmesiyle, daha önce sadece ilgili kanunlarda sayılan hallerle sınırlı olarak kullanılacak denetim yetkisi genişletilmiş ve Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların tüm işlem ve faaliyetleri kapsam altına alınmıştır. Fakat burada ifade edilen denetim yetkisi sadece hukuka uygunlukla sınırlı olup, denetim konusu işlemin hukuka aykırı görülmesi durumunda işletilecek hukuki mekanizmalara yer vermemektedir. Bu durumda hüküm kapsamında denetim yapan ilgili/ilişkili bakanın, hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine ancak idari yargıda dava açabilmesi mümkün olacaktır.⁴⁸ Diğer bir anlatımla söz konusu hükmün varlığından önce, ilgili/ilişkili bakanın denetim yetkisi ancak ilgili kanunlarda yer verilmesi halinde kullanılabilir ve bu yetki kapsamında bir hukuki mekanizma öngörüldü ise işletilebilecek, öngörülmedi ise genel hükümler çerçevesinde dava açılabilirken; bu hükmün kabul edilmesi sonrasında tüm işlem ve faaliyetler denetlenebilecek ve fakat herhangi bir hukuki mekanizma öngörülmediği için sadece genel hükümler çerçevesinde dava açabilmek söz konusu olacaktır.

4. Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların Özel Denetim Kuruluşları Tarafından Denetlenmeleri

Yukarıda yer verildiği üzere ilgili/ilişkili bakanlık, Başbakanlık ya da Bakanlar Kurulu'nun, Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların denetlenmesi niteliğinde işlemler gerçekleştirebilmeleri mümkündür. Bunun yanında, özel denetim kuruluşları da Düzenleyici ve Denetleyici Kurulları denetleyebilmektedirler. Bu kapsamda Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu ile Kamu

46 Günday (2013), s. 92.

47 Ayrıca söz konusu hükmün, Düzenleyici ve Denetleyici Kurullar açısından öngörülen ve hüküm altına alınan emir ve talimat verebilme ya da yerindelik denetimi yapabilmeye yasasına aykırı olduğu da düşünülmemektedir. İlgili/ilişkili bakanın, bahsi geçen hükümle tanınan denetim yetkisini; emir ve talimat vermeden ve sadece hukukilik denetimi ile sınırlı olarak da olsa kullanabilmesi mümkün olmalıdır.

48 Belirtilmelidir ki, idari yargıda dava açabilme yetkisi yukarıda yer verilen hükümden değil, genel idari yargı hükümlerinden kaynaklanmaktadır.

Denetçiliği Kurumu genel yetkileri kapsamında denetim yapabilecekler; yine Başbakanlık Teftiş Kurulu da söz konusu denetimleri gerçekleştirebilecektir.⁴⁹

Genel yetkili bu kuruluşlar dışında, bazı Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların kendi kanunlarında yer verilen kuruluşlar tarafından denetlenmeleri de söz konusu olabilmektedir. Bu kapsamda Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'nun EPDK'yı denetleyebileceğine 4628 s. Kanunun 8.maddesinde; TAPDK'ı denetleyebileceğine ise 4733 s. Kanunun 5.maddesinde yer verilmiştir. Diğer taraftan 2010 yılında kabul edilen 6085 s. Kanun ile Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'nun personeli, araç, gereç ve her türlü taşınır ve taşınmaz malları ve bütçesi, Sayıştay'a devredilmiş, 24.6.1983 tarihli ve 72 sayılı Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile ek ve değişiklikleri yürürlükten kaldırılmış; 8.6.1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 3346 sayılı Kanun ve diğer kanunlarda Başbakanlık Yüksek Denetleme Kuruluna yapılmış olan atıfların Sayıştay'a yapılmış sayılacağı belirtilmiştir. Bu nedenle yukarıda yer verilen 4628 ve 4733 s. Kanunlarda Yüksek Denetleme Kurulu'na yapılan atıflar Sayıştay'a yapılmış sayılacak ve EPDK ve TAPDK denetimleri Yüksek Denetleme Kurulu yerine Sayıştay tarafından gerçekleştirilecektir.

Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların Sayıştay, Devlet Denetleme Kurulu, Başbakanlık Teftiş Kurulu ve Yüksek Denetleme Kurulu tarafından denetlenmeleri, idari vesayet denetimi kapsamında değerlendirilmemektedir. Zira bahsi geçen kuruluşlar tarafından yapılan denetimler, idari vesayet ile birlikte “*dış idari denetim*” kavramı altında incelenmekte ve idari vesayetten farklı olarak “*özel denetim kuruluşları tarafından yapılan denetim*” olarak ifade edilmektedir.⁵⁰ Yine Kamu Denetçiliği Kurumu tarafından yapılan denetimin niteliği hakkında farklı görüşlerin mevcut olmasıyla birlikte söz konusu görüşlerin ortak noktası, bu denetim şeklinin idari vesayet kapsamında değerlendirilemeyeceğidir.⁵¹

49 Aydoğdu, Vedat (2010) ‘İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler ve Kamusal Denetimi’, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 92.

50 Aslan, s. 32. Derdiman ise, Sayıştay denetimini de idari vesayet kapsamında değerlendirmektedir. Bkz. Derdiman, s. 69, dipnot: 247.

51 Bayındır'a göre; Kamu Denetçiliği Kurumu'nun, TBMM'ye bağlı olarak teşkilatlanması, başdenetçi ve denetçilerinin TBMM tarafından seçilmesi, ceza soruşturma ve kovuşturmalarının meclis iznine tabi olması, kurulun yaptığı faaliyetleri içeren raporlarını komisyona iletmesi gibi hükümler, kurumun meclis adına siyasi denetim yaptığını ortaya koymaktadır. Bkz. Bayındır, s. 12. Aslan ise, Kamu Denetçiliği Kurumunca yapılan denetimleri,

Bundan başka BDDK'nın yıllık hesaplarının bir bağımsız denetim şirketi tarafından denetlebileceğine kendi kuruluş kanununda yer verilmiştir. Diğer yandan söz konusu denetimi gerçekleştirecek kuruluşun, "şirket" olacağına madde hükmünde yer verildiğinden, bu kuruluşun yapacağı denetimin de idari vesayet kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira idari vesayet yetkisi, kamu tüzel kişileri açısından söz konusu olan bir yetkidir.

5. Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların Bütçelerinin Kabulü Yoluyla Denetim

Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların bütçeleri, kural olarak 5018 s. Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu kapsamında hazırlanacak ve kabul edilecektir. Bununla beraber kanun kapsamındaki diğer bütçelerden farklı olarak; Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların bütçe tasarıları, Sayıştay denetimi yapılmaksızın doğrudan TBMM'ye sunulacak ve bir örnekleri de Maliye Bakanlığına gönderilecektir.⁵²

Bu farklılık dışında, Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların bütçeleri de TBMM'de görüşülüp onaylanacağından; TBMM'nin, Düzenleyici ve Denetleyici Kurullar üzerinde bütçelerini onaylamak yoluyla kullanabileceği bir denetim yetkisinin var olduğu söylenebilecektir. Zira Bakanlar Kurulu'nun bütçe tasarısının incelenmesi aşamasında TBMM ile Bakanlar Kurulu arasındaki güven durumu ortaya çıkmakta, başka bir deyişle TBMM'nin Bakanlar Kurulu'nu denetlemesi sonucunda; vardığı kanaate göre karar verip, bütçeyi kabul ya da reddetmesi söz konusu olmaktadır.⁵³ Bu nedenle hükümetin faaliyetlerine devam edip etmeyeceği ve dolayısıyla faaliyetlerinin denetlenmesi konusunda büyük öneme sahip olan bütçe oylamasının, Düzenleyici ve Denetleyici Kurullar açısından da denetim unsurunu bünyesinde barındırdığı söylenebilecektir. Diğer taraftan söz konusu denetim şeklinin niteliği gereği idari vesayet değil, yasama organı tarafından gerçekleştirilen siyasi denetim şeklinde olduğunun

idarenin kamuoyu tarafından denetlenmesi başlığı altında incelemiştir. Bkz. Aslan, s. 25. Fendoğlu ise, bahsi geçen denetim şeklinin; yargı yoluyla denetim, idari denetim, parlamento denetimi (siyasi denetim), basın denetimi, kamuoyu denetimi ve uluslararası denetimden farklı bir nitelikte olduğunu düşünmektedir. Bkz. Fendoğlu, Hasan Tahsin (2010) 'Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık)', SDE Analiz <<https://sde.org.tr/userfiles/file/Ombudsman.pdf>> s.e.t. 16.03.2016, s. 4.

52 5018 s. Kanun md. 18/son.

53 Tunç, Hasan & Bilir, Faruk & Yavuz, Bülent (2009) Türk Anayasa Hukuku, 1.Baskı, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, s. 198.

da ifade edilmesi gerekmektedir. Ancak uygulamada, söz konusu yetkinin denetim amaçlı kullanıldığını söylemek de güçtür. Zira TBMM Genel Kurulu önüne gelen bütçe tasarılarının kabul edilmediği ya da belirtilen miktarların azaltılması yoluna gidilerek kaynak kısılmasının yapıldığı sık görülen bir durum değildir.

Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların bütçe denetimlerine ilişkin olarak vesayete en yakın usul, Kamu İhale Kurumu açısından öngörülmüştür. Zira 4734 s. Kanununun 53.maddesinin k fıkrasına göre “*Kurumun bütçe uygulama sonuçlarına ilişkin yıllık malî raporu ve bütçe kesin hesabı Bakanlar Kurulu Kararı ile ibra edilir.*” Görüldüğü gibi söz konusu hüküm, KİK’in yıllık mali raporu ile kesin hesabının ibra edilmesi yetkisini, merkezi idarenin bir organı olan Bakanlar Kurulu’na tanımaktadır. Söz konusu hükmün bu niteliği itibarıyla vesayet denetimine benzer bir ilişkiyi bünyesinde barındırdığı düşünülmektedir. Nitekim bütçenin incelenmesi ve onaylanmasının, idari vesayet denetiminin mali konulara ilişkin uygulanma biçimlerinden biri olduğu kabul edilmektedir.⁵⁴

6. Düzenleyici ve Denetleyici Kurul Çalışanlarının Özlük İşlemlerinin Düzenlenmesi

Düzenleyici ve Denetleyici Kurullara ilişkin mevzuat incelendiğinde, bunların başkan ya da üyeleri ile diğer kamu görevlilerinin bazı özlük işlemlerinin, merkezi idare tarafından gerçekleştirildiğine dair hükümler dikkat çekmektedir. Söz gelimi TAPDK ve KGMDSK’da istihdam edilecek personele ilişkin kadro unvan ve derecelerinin değiştirilmesine ve boş kadroların iptal edilmesine; kanunda belirtilen toplam kadro sayısı geçilmemek ve mevcut kadro unvanları ile 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin eki cetvellerinde yer alan kadro unvanlarıyla sınırlı olmak üzere, Bakanlar Kurulunca karar verileceği belirtilmiştir. Söz konusu hüküm, bahsi geçen yetkiyi ilgili Düzenleyici ve Denetleyici Kurul’un kendisine değil de Bakanlar Kurulu’na tanyor olması nedeniyle farklı bir nitelik arz

54 Aslan, s. 105. Yazara göre, yetersiz gelir kaynaklarına sahip kuruluşlara vesayet makamı tarafından yapılacak yardımlar da, vesayet makamının elinde güçlü bir denetim aracı olarak kullanılabilir. Bu bakımdan SPK ve EPDK bütçelerinde açık meydana gelmesi halinde söz konusu eksikliğin hazine yardımıyla giderilmesi ve KGMDSK’ya hazineden yardımda bulunulabilmesi ihtimallerinin, idari vesayet yetkisine benzer nitelik taşıdıkları sonucuna ulaşılabilmektedir.

etmektedir. Zira BDDK, BTK, EPDK, RTÜK ve SPK'nın personel kadrolarına ilişkin düzenleme yetkileri, bu kuruluşların kendi karar organlarına tanınmıştır.

Bundan başka, bazı Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların üye ve başkanlarının ücretleri Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmektedir. Bu durum; KGMDSK, KİK, RK ve TAPDK açısından söz konusudur. Diğer kuruluşlar için ise, emsal kamu görevlileriyle orantılı ücret esası belirlenmiş ve Bakanlar Kurulu'na yetki tanınmamıştır. Ayrıca Düzenleyici ve Denetleyici Kurul üyesi ya da başkanı olup ta görevi sona eren kişilerin hangi müktesep kadroya atanacağına ilgili/ilişkili bakan ya da Bakanlar Kurulu tarafından belirleneceği ve atama işleminin yapılacağı da bu kuruluşların birçoğu açısından hüküm altına alınmış bir husustur.

Bakanlar Kurulu ya da ilgili/ilişkili bakanlığın gerçekleştirmekle yetkilendirildiği bu işlemlerin, idari vesayet yetkisinin kullanımı ile benzerlik arz ettiği düşünülmektedir. Zira idari vesayet denetiminin, vesayete tabi kuruluş personelinin özlük haklarına ilişkin olarak merkezi idareye tanınan yetkileri de kapsadığı kabul edilmektedir.⁵⁵

SONUÇ

Türk İdari Teşkilatında faaliyet gösteren her idare gibi, Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların da çeşitli denetim mekanizmaları ile idarenin bütünlüğüne dâhil edilmeleri gerekmektedir. Söz konusu kuruluşların bazı güvencelere sahip olmaları ya da Türk İdari Teşkilatındaki konumları, denetlenmelerine engel teşkil etmemektedir. Bu kuruluşlara tanınan güvenceleri ifade eden “bağımsızlık” kavramının idari ve mali özerklik olarak anlaşılması, idari teşkilat içerisindeki konumlarının ise getirdikleri özel idari kolluk faaliyetleri nedeniyle hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşu olarak nitelendirilmesi halinde, söz konusu kuruluşların denetlenebilmelerinin önünde bir engel kalmayacaktır. Diğer yandan bu kuruluşlar için öngörülen denetim usullerinin, tanınan güvencelerle uyumlu olması beklenir.

Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların kuruluş kanunlarında yer verilen denetlenme şekilleri incelendiğinde; bunlardan bazılarının söz konusu güvencelere uyum gösterdiği söylenebilirse de bazılarının aynı nitelikte olmadığı

55 Akyılmaz & Sezginer & Kaya, s. 220.

görölmekte; hatta idari vesayet denetimini bünyesinde barındıran denetim şekillerinin varlığı dikkat çekmektedir. İdari vesayet denetiminin organlar, işlemler, bütçeler ya da personel üzerindeki kullanılış biçimlerine benzeyen bu usullerin; yapılacak çeşitli değişikliklerle, Düzenleyici ve Denetleyici Kurullara tanınan güvencelerle daha uyumlu hale getirilebilmesi mümkündür.

Bu kapsamda bazı Düzenleyici ve Denetleyici Kurullar için öngörülen ve bu kuruluşlara üye atanacak kişilerin düzenleme konusu sektörlerde faaliyet gösteren kuruluşlarca da önerilebileceğini düzenleyen hükümlerin, diğer kuruluşlar açısından da öngörülmesi ve bu kuruluşlara üye önerisinde bulunabilecekler arasına, yürütme organının yanında sektör temsilcilerinin de dâhil edilmesi daha yerinde olacaktır. Bununla beraber önerilen bu usulün uygulanması halinde, seçilen üyelerin kendilerini öneren iradelerin menfaatlerine göre hareket etme ihtimallerinin olduğu da unutulmamalıdır. Ayrıca yeniden atanabilme yasağının kaldırılmış olmasının ve görev süresi sona eren başkan ya da üyenin ilgili/ilişkili bakanlık tarafından belirlenen müktesep kadroya atanacağına ilişkin düzenlemelerin; bu kuruluşların faaliyetlerini etki ve çinkelerden uzak gerçekleştirebilmelerine engel olacağı düşünülmektedir.

Bundan başka, üye ya da başkanların süreleri dolmadan görevlerinin sona erebileceğine ilişkin hükümlerin, belirsiz kavramlar yerine daha net ifadelerle düzenlenmesi ve görevin sona ermesini gerektiren hallerin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit görevinin kurulun kendisine ya da bir soruşturma veya kovuşturmanın söz konusu olması halinde mahkemeye bırakılması gerekmektedir. Ayrıca bazı suçlarla ilgili olarak haklarında ceza davası açılan BDDK başkan ve üyelerinden görevi başında kalması sakıncalı görülenlerin Bakanlar Kurulu tarafından görevden uzaklaştırılabileceğini düzenleyen hükmün de görev güvencesiyle uyumlu olmadığı, bunun yerinde geçici görevden uzaklaştırma yetkisinin mahkemeye tanınması gerektiği düşünülmektedir.

Diğer yandan Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların işlemleri üzerindeki denetlenme şekillerinin daha sınırlı olduğu ve düzenleme konusu piyasaya ilişkin hususların; yürütme organı yerine, kurulun kendisi tarafından düzenlemesinin daha yerinde olduğu söylenmelidir. Bu kapsamda 3046 s. Kanununun 19/A maddesine eklenen ve bakanın; kendisine bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkili olduğunu düzenleyen hükmün, bakanın denetleyebileceği alanı genişletmesine rağmen idari dava açmak dışında bir hukuki mekanizma öngörmemesi nedeniyle sözü edilen sınırlılık içerisinde kaldığı düşünülmektedir.

Ayrıca her ne kadar idari vesayet denetimi kapsamında değerlendirilmese de, Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların özel denetim kuruluşlarınca denetlenmelerinin mümkün olduğu da ifade edilmelidir. Bu kapsamda Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu, Kamu Denetçiliği Kurumu, Başbakanlık Teftiş Kurulu ve Sayıştay'ın söz konusu denetimleri yapabilmeleri mümkündür.

Bu denetim usullerinin yanında, TBMM'nin de Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların bütçelerini onaylamamak yoluyla bu kuruluşları denetleyebilmesinin teorik olarak mümkün olduğu söylenmelidir. Bununla birlikte pratikte bu denetim usulünün uygulanmadığı, bütçe kabulünün bir teamül haline geldiği görülmektedir. Bu konuda KİK'in yıllık mali raporu ile kesin hesabının ibra edilmesi yetkisini, merkezi idarenin bir organı olan Bakanlar Kurulu'na tanıyan 4734 s. Kanununun 53.maddesinin vesayet denetimini bünyesinde barındırdığı ve bu durumun KİK'in mali özerkliğine aykırı olduğu düşünülmektedir.

Son olarak Düzenleyici ve Denetleyici Kurul çalışanlarının özlük işlemlerinin düzenlenmesi hususunda da yürütme organına çeşitli yetkilerin tanındığı görülmekte ve bu yetkilerin, kurulların karar verme süreçlerini etkileme ihtimallerinin olduğu düşünülmektedir. Zira Düzenleyici ve Denetleyici Kurullara gereken sayıdaki kadronun verilmesi ya da çalışanlar için uygun ücretlerin belirlenmesi, bu kuruluşların çalışmalarına devam edebilmeleri için gereken önemli hususlardır. Bu nedenle kadrolara ilişkin yetkilerin, kanunda belirtilen çerçevede kurulların kendisine bırakılması ve personel ücretlerinin de emsal kamu görevlileriyle orantılı olarak tespit edilmesi daha yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

Akyılmaz, Bahtiyar & Sezginer, Murat & Kaya, Cemil (2013) Türk İdare Hukuku, 4.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Aslan, Zehreddin (1989) 'İdari Denetim Biçimleri', Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Atay, E. Ethem (2000) Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler: Rekabet Konseyi, Perşembe Konferansları 6, Ankara, Rekabet Kurumu.

Atay, E. Ethem (2006) 'Bağımsız İdari Otoriteler Ve Türkiye Uygulaması' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 10, Cilt: 1-2, s. 259-293.

Aydoğdu, Vedat (2010) 'İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler Ve Kamusal Denetimi', Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Azrak, A. Ülkü (2001) 'Dünyada Ve Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler Ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar' Bağımsız İdari Otoriteler, 1.Baskı, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları.

Bayındır, Muhammed Savaş (2007) 'İdari Denetim Olarak İdari Vesayet', Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Çağlayan, Ramazan (2014) İdare Hukuku Dersleri, 2.Baskı, Ankara, Adalet Yayınları.

Derdiman, Cengiz (2015) İdare Hukuku, 5.Baskı, Bursa, Alfa Aktüel Yayınları.

Dönmez, Eftal (2003) 'Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler' Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2003/2, s. 55-78.

Erkut, Celal, 'Bağımsız İdari Otoriteler Paneli' (2001) Bağımsız İdari Otoriteler, 1.Baskı, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları.

Fendoğlu, Hasan Tahsin (2010) 'Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık)', SDE Analiz <<https://sde.org.tr/userfiles/file/Ombudsman.pdf>> s.e.t. 16.03.2016,

Güler, Birgül A. (2006) 'Yönetimde Özerklik Sorunu: Duyunu Umumiyei Osmanlı Meclisi İdaresi 1881-1948' Memleket Siyaset Yönetim, Sayı: 1, s. 97-121.

Günday, Metin (2001) 'Bağımsız İdari Otoriteler Paneli' Bağımsız İdari Otoriteler, 1.Baskı, Ankara, Rekabet Kurumu.

Günday, Metin (2013) İdare Hukuku, 10.Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi.

Kent, Bülent (2012) Türk Ve Alman Hukukunda Elektrik Piyasasının Düzenlenmesi Ve Düzenleyici Kurumları, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Sayhan, Şebnem (2003) 'Bağımsız İdari Otoritelerin Hukuki Niteliği' İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı: 29, s. 91-100.

Sever, Çiğdem (2015) 'Türkiye'de Düzenleyici Kurumların Yapısı, İşlevi Ve Dönüşümü' Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, Cilt: 64, s. 195-216.

Sezen, Seriyne (2005) 'Türkiye'de Düzenleyici Kurulları Kimler, Nasıl Yönetiyor?' Amme İdaresi Dergisi, Sayı: 4, Cilt: 38, s. 85-115.

Sobacı, M. Zahid (2006) 'Türk İdari Teşkilatındaki "Adalar": Bağımsız İdari Otoriteler' Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, Cilt: 55, s. 157-180.

Talat Aslan, Nagehan (2010) 'Yönetimin Yeni Yapıtaşları Bağımsız İdari Otoritler: "Yavru Leviathanlara" Doğru' Sosyal Siyaset Konferansları, Sayı: 59, Cilt: 2010/2, s. 25-49.

Tan, Turgut (2002) 'Bağımsız İdari Otoriteler Veya Düzenleyici Kurullar' Amme İdaresi Dergisi, Sayı: 2, Cilt: 35, s. 11-37.

Tan, Turgut (2014) İdare Hukuku, 3.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Tekinsoy, Ayhan (2007) Bağımsız İdari Otoriteler Ve Regülasyon Anlayışı-Tartışmalar, Sorunlar' Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2007/2, s. 119-134.

Tunç, Hasan & Bilir, Faruk & Yavuz, Bülent (2009) Türk Anayasa Hukuku, 1.Baskı, Ankara, Asil Yayın Dağıtım.

Yıldırım, Ramazan (2014) Türk İdari Rejimi, 6.Baskı, Konya, Mimoza Yayınları.

Yıldırım, Turan & Yasin, Melikşah & Kaman, Nur & Özdemir, H.Eyüp & Üstün, Gül & Okay Tekinsoy, Özge (2013) İdare Hukuku, 5.Baskı, İstanbul, XII Levha Yayıncılık.

KARŞILAŞTIRMALI OLARAK ULUSALÜSTÜ İNSAN HAKLARI HUKUKU BELGELERİNDE TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ ÖZGÜRLÜĞÜ

Yusuf ÇÖZELİ*

ÖZET

Düşüncelerin ifade edilmesinin bir yolu olan toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, demokratik toplumlarda çok önemli bir role sahiptir. Toplumun geneli tarafından kabul görmeyen farklı düşünceler, ancak demokratik toplumlarda rahatça ifade edilebilir. İnsanlar, toplantı ve gösteri yürüyüşleri sayesinde, kendi düşüncelerini dışa aktarmayı ve belli konularda kamuoyu oluşturmayı amaçlar. Ayrıca ortak bir amaç etrafında birleşen insanlar, toplantı ve gösteri yürüyüşleri aracılığıyla, toplu ve daha güçlü hareket ederler. Böylece düşünceler daha etkili bir şekilde ifade edilir.

Devletler, insan haklarını hem tanımalı hem de insan haklarını korumak adına etkili adımlar atmalıdır. İnsan haklarının güvenceli bir şekilde tanınabilmesi ve etkili bir şekilde korunabilmesi için uluslararası düzlemde ve bölgesel düzlemde faaliyet gösteren örgütler, bu amaç ekseninde, güçlü ve sağlam mekanizmalar kurmaktadır. Böylece aktif olarak çalışan kurumlar, insan hakları ihlallerinin önlenmesi için gayret göstermektedir.

İfade özgürlüğü ile yakından ilgili olan toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, ulusalüstü insan hakları belgelerinin birçoğunda yer almaktadır. Başka bir deyişle; üretilen insan hakları belgelerinin çoğu, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne değinmiştir. Bu bağlamda, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün tanındığı on bir tane ulusalüstü insan hakları belgesi, karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku, Toplantı, Gösteri Yürüyüşü, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü

* Karadeniz Teknik Üniversitesi ve 19 Mayıs Üniversitesi Kamu Hukuku Ortak Doktora Öğrencisi. ysfczl@hotmail.com

FREEDOM OF ASSEMBLY AND DEMONSTRATION ON DOCUMENTS OF SUPRANATIONAL HUMAN RIGHTS LAW COMPARATIVELY

ABSTRACT

Freedom of assembly and demonstration which is a way of expressing the thought has a very significant role in a democratic society. Different thoughts which are not accepted by the majority of society can be expressed freely just in democratic societies. Thanks to assembly and demonstrations, people aim to export their thoughts and create public opinion on certain issues. Furthermore, people that keep together around a common objective act collectively and in a more powerful way via meetings and demonstrations. Thus, thoughts are expressed more effectively.

States should not only recognize human rights but also take effective steps to protect human rights. For recognition and protection of human rights safely and effectively, organizations operating in the international level and regional level, in this objective axis, establish strong and robust mechanisms. Thus, actively working institutions endeavor to prevent human rights violations.

The freedom of assembly and demonstration which is closely related to freedom of expression is located in many of supranational human rights instruments. In other words, most of the human rights instruments that are produced referred to the freedom of assembly and demonstration. In this context, eleven supranational human rights documents which recognize the freedom of assembly and demonstration will be examined relatively.

Keywords: Human Rights, Supranational Human Rights Law, Assembly, Demonstration, the Freedom of Assembly and Demonstration

I. İNSAN HAKLARI TEORİSİNDEN ULUSALÜSTÜ İNSAN HAKLARI HUKUKUNA GEÇİŞ

Kelime anlamı olarak, kişinin sırf bir insan olduğu için sahip olduğu haklar¹ anlamına gelen insan hakları, kişilerin insan onuruna zarar vermeden nasıl yaşayabileceklerine ve yaşatılabileceklerine ilişkin etik ilkeleri ifade etmektedir². Kavram olarak insanların varlığını gerektiren³ insan hakları, insan onurunu korumayı amaçlamaktadır⁴. İnsan onurunun temel niteliklerini belirlemek fikrini içeren⁵ insan hakları, günümüzde insanlığın onuru, erdemi ve ortak paydası olarak kabul edilmektedir.⁶ Bu çerçevede düşünüldüğünde; insan haklarının ihlâl edilmesi, bir kimsenin insanlığını ihlâl eder⁷. Dolayısıyla, kişi, insan haklarını kaybetmesi halinde, bir insan için değerli bir hayat yaşayamaz⁸.

Hukukça çerçevenilmiş veya güvencelenmiş beşeri ayrıcalıklar⁹ olarak ifade edilen insan haklarının doğal koruyucusu devlettir¹⁰. Devletler, insan haklarını çağdaş anlayışa uygun olarak anayasal ve yasal bir düzene kavuştur-

-
- 1 Akıllıoğlu, Tekin (1995) İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (AÜSBF) İnsan Hakları Merkezi Yayınları, s. 1; Donnelly, Jack (1995) Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, (Çev: Mustafa Erdoğan ve Levent Korkut), Ankara, Yetkin Yayınları, s. 11, 19 ve 22; Bozkurt, Enver (2003) İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, s. 18-19; Kuçuradi, İoanna (2009) Uludağ Konuşmaları: Özgürlük, Ahlâk, Kültür Kavramları, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, s. 24; Tepe, Harun (2010) "İnsan hakları: Kavram, Kapsam ve Ölçüt", Selda Çağlar (Ed.), (Felsefe, Hukuk, Çalışma Ekonomisi, Kentleşme ve Çevre, Maliye) Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, 1. Baskı içinde, İstanbul, Beta Yayınları, s. 4; Kuçuradi, İoanna (2011) İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, s. 13; Tezcan, Durmuş & Erdem, Mustafa Ruhan & Sancakdar, Oğuz & Önok, Rifat Murat (2011) İnsan Hakları El Kitabı, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 35.
 - 2 Tepe, s. 29.
 - 3 Viljoen, Frans (2012) International Human Rights Law in Africa, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, s. 3.
 - 4 Tezcan & Erdem & Sancakdar & Önok, s. 35.
 - 5 Davis, Howard (2009) Human Rights Law: Directions, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, s. 5.
 - 6 Yanık, Murat (2008) "1982 Anayasası'nın İnsan Hakları Anlayışının Uluslararası Belgeler ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), C. 2, S. 1-2, s. 1134.
 - 7 Donnelly, s. 27.
 - 8 Donnelly, s. 29.
 - 9 Kaboğlu, İbrahim Özden (1999) Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, İstanbul, AFA Yayınları, s. 13.
 - 10 Kuçuradi, İoanna (1996) İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, s. 170.

mak ve olabildiğince sağlam, etkin ve güvenceli bir koruma mekanizmasını yaşama geçirmek zorundadırlar¹¹. Ayrıca devletler ve hükümetler, kanun ve uygulamalarında bireysel onura saygı duyulmasını özellikle sağlamalıdır¹².

İnsan haklarının geliştirilmesi ancak bu hakların somut ve etkin şekilde korunması ile mümkün olabilir¹³. İnsan haklarının etkili bir şekilde korunabilmesi, bu hakların hem ulusal anayasalar hem de uluslararası insan hakları belgeleri gibi pozitif hukuk metinlerinde korunmasıyla mümkündür¹⁴. İnter-disipliner bir kavram olan¹⁵ insan hakları kavramı, siyasal sistemi birbirinden farklı ülkelerin dahi katıldığı uluslararası sözleşmelerde yer almış, demokratik ülkelerin anayasalarında vurgulanarak tekrarlanmıştır¹⁶.

Belirtmek gerekir ki; insan haklarını korumak için parlamentoların ve hükümetlerin uluslararası anlaşmaları onaylamaları ve kanunlar çıkarmaları yeterli değildir¹⁷. İnsan hak ve özgürlükleri alanında önemli olan, bu hak ve özgürlüklerin kuramsal alandan çıkıp, uygulama alanına girmesi, etkili bir güvence sistemine kavuşturulmasıdır¹⁸. Bizce de; insan hakları adına oluşturulan kurallar, yazılı belgelerde kalmamalı ve uygulamada kendini etkin bir şekilde gösterebilmelidir. O halde teorik anlamda tanınmış olan insan haklarının olması gerektiği gibi pratiğe yansıtılabilmesi oldukça önemlidir. Başka bir deyişle; insan hakları, gerçek hayatta etkinlik gösterebilecek şekilde tanınarak güvence altına alınmalı ve böylece yazılı belgelerden öteye gidebilmelidir.

İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesi, hakların ve özgürlüklerin korunabilmesi amacıyla evrensel ve bölgesel düzlemde örgütler kurulmuştur¹⁹. Bu kuruluşların misyonu, sahip oldukları sistem ve mekanizmalar ile de-

11 Yanık, s.1134.

12 Davis, s. 4.

13 Ergül, Ergin (2014) “Yeni Bir Uluslararası İnsan Hakları Mekanizması: İİT Bağımsız Daimi İnsan Hakları Komisyonu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), S. 19, s. 513.

14 Arslan, Zühtü (2005) Anayasa Teorisi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 26.

15 Bozkurt (2003) s. 3.

16 Özek, Çetin (2002) “İnsan Hakları Kavramında Yeni Anlayış ve Sınırlamalar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFMD), C. 60, S. 1-2, s. 135.

17 Hammarberg, Thomas (2012) Avrupa’da İnsan Hakları, (Çev: Ayşen Ekmekci), İstanbul, İletişim Yayıncılık, s. 23.

18 Gözübüyük, A. Şeref & Gölcüklü, Feyyaz (2013) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 10. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, s. 4.

19 Şahin, Adil (2009) “İnsan Hakları Hukukunda Siyasal Parti Özgürlüğü ya da AİHM’nin 30 Haziran 2009 Tarihli “Batasuna Kararı”nu Yeniden Düşünmek”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD), C. 65, S. 1, 137-138; Şahin, Adil (2010) “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında

mokrazi ve insan haklarının korunması ve geliştirilmesine katkı yapmaktadır²⁰. Ayrıca, sözü edilen örgütler bünyesinde üretilmiş olan sözleşme ve benzeri belgeler ile de; komite, komisyon ve mahkeme adıyla insan hakları kurumları oluşturulmuştur²¹. İşte belirtilen bu yol ve yöntemler aracılığıyla amaçlanan, insan haklarının uygulamadaki etkinliğini sağlamak ve insan hakları ihlallerini önlemektir. Bu bağlamda, çalışmamızla ilgili insan hakları belgelerine yer vermeden önce, insan hakları alanında etkin çalışmaları olan örgütler kısaca incelenecektir. Bu inceleme yapılırken, ilgili örgütler, uluslararası ve bölgesel düzlemde faaliyet göstermelerine göre ikili bir ayrıma tabi tutulacaktır.

A. ULUSLARARASI DÜZLEM

Uluslararası alanda insan haklarına verilen önemin gün geçtikte arttığı ve insan hakları sorununun artık devletlerin iç sorunu olmaktan çıkıp uluslararası bir sorun haline geldiği görülmektedir²². İkinci Dünya Savaşı, yol açtığı tahribatlarla, insan hak ve özgürlüklerinin değerinin insanoğlu tarafından daha iyi anlaşılmasına sebep olmuştur²³. Savaşlardan ve insan hakları ihlallerinden insanları koruyarak barışı sağlama düşüncesi, uluslararası toplumun en önemli amaçlarından biri olmuştur²⁴. Barışı sağlama yollarından biri olarak, insan haklarının uluslararası çapta korunma düşüncesi, genel olarak bu gelişmeler sonucunda ortaya çıkmıştır²⁵. Ayrıca uluslararası insan hakları hukukunun ilerlemesi de, genel olarak, İkinci Dünya Savaşı sonunda gerçekleşen gelişmelerle ilgilidir²⁶.

Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), C. 59, S. 4, s. 719; Şahin, Adil (2014) Batı’lı Anlamda Özgürlük Versus İktidar, Trabzon, Celepler Matbaacılık, s. 106-107.

20 Karaosmanoğlu, Fatih (2012) İnsan Hakları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 131.

21 Şahin (2009) s. 138.

22 Döner, Ayhan & Köküsarı, İsmail (2008) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Anayasa Mahkemesi Kararları Bakımından Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olup Olmayacağı Sorunu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), C. 12, S. 1-2, s. 664.

23 Karaosmanoğlu, s. 88.

24 Karaosmanoğlu, s. 132.

25 Karaosmanoğlu, s. 132.

26 Rehman, Javaid (2003) International Human Rights Law: A Practical Approach, London: Longman Publishing, s. 24.

İnsan haklarının uluslararası boyutlarda korunması ve denetim mekanizmaları geliştirilmesi, Yirminci yüzyılda olmuştur²⁷. Ayrıca Yirminci yüzyılda insan hakları alanında en önemli gelişme, bireyin ulusal hukuk öznesi olmasının yanında, uluslararası hukuk öznesi durumuna gelmeye başlamasıdır²⁸. Bu çerçevede, insan haklarının korunması ulusal sınırları aşır uluslararası güvencelere de kavuşmuş²⁹ ve böylece insan hakları, evrensel bir değer haline gelmiştir³⁰.

Uluslararası korumanın temel işlevi, insan haklarının evrensel niteliğine uygun olarak, insan haklarına ilişkin standartları belirlemek ve bu standartların her yerde ve herkes için uygulanmasını gözetmektir³¹. İnsan haklarının evrensel düzeyde korunmasının temelini büyük ölçüde oluşturduğu³² için uluslararası düzlemde, insan hakları alanında çalışmaları olarak öne çıkan örgüt Birleşmiş Milletler Örgütüdür.

1. Birleşmiş Milletler Örgütü

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, dünyada insanın insan olarak değerini kabul etmeyen ve insanlar arasında eşitliği reddeden görüşlerin yeniden ortaya çıkmaması için, insan haklarına saygılı bir düzenin yerleştirilmesi gereği ortaya çıkmıştır³³. Nitekim İkinci Dünya Savaşından sonra, insan haklarını uluslararası alanda garanti altına almak hususunda ilk teşebbüs, BM'den gelmiştir³⁴. Başka bir deyişle; İkinci Dünya Savaşı öncesinde ve esnasında yaşanan şiddet, yıkım ve insan hakları ihlallerinin tekrar yaşanmaması ve sorunların barışçı yollardan çözülebilmesi için dünya çapında etkili bir örgütün oluşturulması düşüncesi, BM gibi uluslararası örgütlerin kurulması ile gerçeğe dö-

27 Karaosmanoğlu, s. 173.

28 Gözübüyük & Gölcüklü, s. 4.

29 Tezcan & Erdem & Sancakdar & Önok, s. 36.

30 Karaosmanoğlu, s. 88.

31 Eren, Abdurrahman (2007) Türkiye'de İnsan Haklarının Korunması: Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, s. 80.

32 Bozkurt, Enver (2006) Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, s. 63.

33 Turhan, Mehmet (2002) "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD), C. 52, S. 3, s. 130.

34 Arık, Fikret (1960) "İnsan Haklarının Milletlerarası Korunması (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde)" Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD), C. 15, S. 4, s. 116.

nüsmüştür³⁵. Ayrıca uluslararası toplumun İkinci Dünya Savaşında yaşadığı acı tecrübeler, BM'in kuruluş amaçları arasında insan haklarının korunmasını ön plana çıkarmıştır³⁶. İkinci Dünya Savaşı sonrası, BMÖ'nün kurulması aşamasına kadar insan hakları alanında önemli bir gelişme yoktur³⁷.

San Francisco'da yapılan “Uluslararası Örgüt Hakkında Birleşmiş Milletler Konferansı”nın bir sonucu olarak 26.06.1945 tarihinde kabul edilen ve 24.10.1945 tarihinde yürürlüğe giren³⁸ BM Şartı, insan haklarının korunması açısından önemli kurallar içermektedir³⁹ ve bu Şart, insan hakları koruma sisteminin de temel belgesi konumundadır⁴⁰. Bu gelişme, devletlerden farklı olarak bireylerin, uluslararası hukuk öznesi olmaya başlamasında önemli bir dönemeçtir⁴¹. İnsan haklarına bir dizi referans içeren⁴² BM Şartı ve bu kurucu anlaşma hareket noktası alınarak hazırlanan metinler, “insanın temel haklarına inanç”, “insan kişiliğinin onuru ve değeri”, “insan onuru” gibi kavramları dayanak alarak; hak ve özgürlükleri uluslararası ölçekte ilan eder, beyan eder ve tanıır⁴³. Ayrıca Türkiye, 15.08.1945 tarih ve 4801 sayılı “San Fransisko'da 26 Haziran 1945 Tarihinde Yapılmış ve İmzalanmış Olan Birleşmiş Milletler Andlaşması ile Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün Onanması Hakkında Kanun”⁴⁴ uyarınca Şartı onaylamıştır⁴⁵.

BMÖ, insan haklarının “uluslararasılaşması hareketi”ne “evrensel meşruiyet” kazandırmıştır⁴⁶. Tüm üyelerinin egemen eşitliği ilkesine dayanan⁴⁷ BMÖ, insan haklarının korunması ve geliştirilmesini temel etkinlik sayan evrensel bir sistemdir⁴⁸. İnsan haklarının dünya çapında korunması bakımından

35 Salihpaşaoğlu, Yaşar (2009) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), C.13, S.1-2, s. 273.

36 Aksar, Yusuf (2015) Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk -II-, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 315.

37 Tezcan & Erdem & Sancakdar & Önok, s. 41.

38 Gemalmaz, Mehmet Semih (2012a) Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisi-ne Giriş Cilt 1, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık, s. 9.

39 Gözübüyük & Gölcüklü, s. 4.

40 Eren (2007), s. 209.

41 Karaosmanoğlu, s. 131.

42 Rehman, s. 25.

43 Kaboğlu, İbrahim Özden (2006) Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 3. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, s. 227-228.

44 RG Tarih: 24.08.1945, Sayı: 6092

45 Gemalmaz (2012a), s. 9.

46 Kaboğlu (2006), s. 227-228.

47 Gülmez, Mesut (2004) Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 2.

48 Akıllıoğlu, s. 373.

tek ve en önemli kurum olan⁴⁹ Birleşmiş Milletlerin kurulmasından bu yana, insan hakları, uluslararası hukukun ana kavramlarından biri olmuştur⁵⁰. İnsan haklarını uluslararası düzeyde güvenlik altına almak için çalışmalara devam eden⁵¹ BM mekanizmaları ve kurumları, insan hakları standartlarının yürütümünü sağlamakta, geliştirmekte ve dünya düzeyinde insan hakları ihlallerini gözetlemektedir⁵².

BMÖ'nün sözleşmeleri, evrensel insan hakları standartlarını oluşturmaktadır⁵³. Bu bağlamda; insan haklarına ilişkin evrensel standartları belirlemede olan⁵⁴ BMÖ tarafından birçok insan hakları belgesi üretilmiştir. Örneğin, “*Evrensel İnsan Hakları Bildirisi*” (EİHB⁵⁵); “*Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi*” (MSHS⁵⁶); “*Çocuk Hakları Sözleşmesi*” (ÇHS⁵⁷); “*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi*” (ESKHS⁵⁸); “*Soykırım Suçunun Önlenme-*

49 Gözlügül, Said Vakkas (2002) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Etkisi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 87.

50 Gözübüyük & Gölcüklü, s. 4.

51 Kapani, Münci (2013) Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı (Tıpkı Basım), Ankara, Yetkin Yayınları, s. 69.

52 Gözlügül, s. 87.

53 Gözlügül, s. 87.

54 Eren, Abdurrahman (2012) Ulusal İnsan Hakları Kurumları: Uluslararası Standartlara Uygunluğun Yorum İlkeleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 60.

55 EİHB doğrultusunda; 06.04.1949 tarih ve 3/9119 sayılı “*İnsan Hakları Evrensel Beyanname Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı*” çıkarılmıştır. EİHB'nin Türkçe resmi çevirisi için bkz. RG Tarih: 27.05.1949, Sayı: 7217. EİHB'nin orijinal metni ve Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, Mehmet Semih (2004a) İnsan Hakları Belgeleri: Cilt IV, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, s. 3-23 ve s. 353-361; Bozkurt, Enver (2011) İnsan Hakları Temel Metinler, 2. Baskı, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, s. 1-7. Ayrıca EİHB hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Gemalmaz (2012a), s. 59-225.

56 MSHS doğrultusunda; 04.06.2003 tarih ve 4868 sayılı “*Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*” (RG Tarih: 18.06.2003, Sayı: 25142) çıkarılmıştır. MSHS'nin orijinal metni ve Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz (2004a), s. 57-114 ve s. 381-410. Ayrıca MSHS hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Bozkurt (2011), s. 43-67; Gemalmaz (2012a), s. 228-325.

57 ÇHS doğrultusunda; 09.12.1994 tarih ve 4058 sayılı “*Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun*” (RG Tarih: 11.12.1994, Sayı: 22138) çıkarılmıştır. ÇHS'nin orijinal metni ve Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, Mehmet Semih (2004b) İnsan Hakları Belgeleri: Cilt V, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, s. 175-223 ve s. 549-578; Gemalmaz, Mehmet Semih (2006a), Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı: 1. Kitap (Açıklamalı - Karşılaştırmalı) Birleşmiş Milletler Belgeleri, İstanbul, Legal Yayıncılık, s. 493-515. Ayrıca ÇHS hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Bozkurt (2006), s. 85-88; Bozkurt (2011), s. 150-173; Gemalmaz (2012a), s. 723-768; Karasosmanoğlu, s. 160-165.

58 ESKHS doğrultusunda; 04.06.2003 tarih ve 4867 sayılı “*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*” (RG Tarih: 18.06.2003, Sayı: 25142) çıkarılmıştır. Ayrıca ESKHS hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Bozkurt (2006), s. 77-85; Bozkurt (2011), s. 68-81; Gemalmaz (2012a), s. 326-413.

si ve Cezalandırılması Sözleşmesi” (SSÖCS⁵⁹); “Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair 1951 Tarihli Sözleşme” (MHSS⁶⁰) ve “Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi” (KKAOKS⁶¹) bunlardan bazılarıdır.

B. BÖLGESEL DÜZLEM

Uluslararası düzlemde yer alan BMÖ'den başka, insan haklarının korunabilmesi adına faaliyet göstermek üzere oluşturulan bölgesel nitelikte örgütler de vardır. Bölgesel insan hakları sistemlerinin oluşturulması yavaş ve zor bir süreçtir⁶². Bölgesel bir insan hakları sözleşmesi biçimlendirebilmek için gerekli ön koşul, bölgesel bütünleşmenin hem ifadesi ve sonucu olan, hem de böyle bir oluşumun sürekliliğini sağlayan bölgesel bir kurumun var olmasıdır⁶³.

Bölgesel insan hakları sözleşmeleri, insan haklarının gerçekleştirilmesine katkıda bulunmak için eşsiz bir potansiyele sahiptir⁶⁴. İnsan haklarının bölgesel düzeyde korunmasının temel amacı, insan haklarına ilişkin standartları belirlemekten çok hakların daha etkin bir şekilde korunmasını sağlamaktır⁶⁵. Bu bağlamda faaliyet gösteren örgütlere, Amerikan Devletleri Örgütü (ADÖ), Afrika Birliği Örgütü (ABÖ), Avrupa Konseyi Örgütü (AKÖ) ve Arap Devletleri Birliğini (ADB) örnek olarak göstermek mümkündür.

59 SSÖCS doğrultusunda; 23.03.1950 tarih ve 5630 sayılı “Millî, Irkî, Dinî, Kütleleri Kısmen veya Tamamen İmha Suçunun «Genocide» Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkındaki Sözleşmeye Türkiye Cumhuriyeti'nin de Katılmasının Onanmasına Dair Kanun” (RG Tarih: 29.03.1950, Sayı: 7469) çıkarılmıştır. Ayrıca SSÖCS hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Bozkurt (2011), s. 99-119; Gemalmaz (2012a), s. 462-495.

60 MHSS doğrultusunda; 29.08.1961 tarih ve 359 sayılı “Cenevre'de 28 Temmuz 1951 Tarihinde imzalanmış Olan Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmenin Onaylanması Hakkında Kanun” (RG Tarih: 05.09.1961, Sayı: 10898) çıkarılmıştır. Ayrıca MHSS hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Gemalmaz (2012a), s. 633-638.

61 KKAOKS doğrultusunda; 11.06.1985 tarih ve 3232 sayılı “Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine Katılmanın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” (RG Tarih: 25.06.1985, Sayı: 18792) çıkarılmıştır. Ayrıca KKAOKS hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Bozkurt (2011), s. 174-193; Gemalmaz (2012a), s. 660-713.

62 Ergül, s. 500.

63 Gemalmaz, Mehmet Semih (2012b), *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş* Cilt 2, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık, s. 524.

64 Mattar, Mohamed Y. (2013), “Article 43 of the Arab Charter on Human Rights: Reconciling National, Regional, and International Standards”, *Harvard Human Rights Journal*, C. 26, S. 1, s. 91.

65 Eren (2007), s. 86.

1. Amerikan Devletleri Örgütü

Amerika kıtasında, bölgesel işbirliğini geliştirmek amacıyla, ADÖ kurulmuştur⁶⁶. Örgütün asıl amacı, üyeleri arasındaki işbirliğini geliştirmek ve uyuşmazlıkları barışçıl yollarla çözmektir⁶⁷. “*Amerikan Devletleri Örgütü Şartı*”⁶⁸ (ADÖ Şartı), Bogota’da yapılan Dokuzuncu Amerikan Devletleri Konferansı sonunda 30.04.1948 tarihinde 21 Amerikan devleti tarafından imzalanarak ortaya çıkmıştır⁶⁹. ADÖ Şartı, BM Şartı gibi, bir dizi temel insan haklarına referans içerir⁷⁰.

1948 tarihli Dokuzuncu Konferansta insan hakları açısından atılan bir başka önemli adım ise, “*Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi*”nin (Ame.İHÖB⁷¹) 02.05.1948 tarihinde kabul edilmesidir⁷². Bu bölgedeki insan hakları sistemi, bu belgenin kabul edilmesiyle başlamıştır⁷³. Bu bölgede insan haklarının kurumsallaştırılması bağlamında asıl önemli adım, “*Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi*”nin (Ame.İHS⁷⁴), 22.11.1969 tarihinde kabul edilerek imzaya açılması ve on-birinci onay belgesinin teslimi ile 18.07.1978 tarihinde yürürlüğe girmesiyle atılmıştır⁷⁵.

Amerikan Sistemi çerçevesinde gerçekleşen çabaların arka planında İkinci Dünya Savaşında yaşanan olaylara tepkiler yatmaktadır⁷⁶. Görüldüğü üzere; Amerikan Sistemi, Bildiri ve Sözleşme olmak üzere iki araç üzerine kurulmuştur⁷⁷. Belirtmek gerekir ki; Ame.İHÖB ve Ame.İHS, insan haklarının geliştirilmesi ve korunmasına katkıda bulunmuştur⁷⁸.

66 Eren (2012), s. 150-151.

67 Döner, Ayhan (2003) İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 129.

68 Shelton, Dinah L. (2008) Regional Protection of Human Rights: Documentary Supplements, Oxford, Oxford University Press, s. 223-231.

69 Gemalmaz (2012b), s. 335.

70 Rehman, s. 205-210; Shelton, s. 232-237.

71 Ame.İHÖB'nin orijinal metni ve Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, Mehmet Semih (2003) İnsan Hakları Belgeleri: Cilt III, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, s. 5-13 ve s. 365-375. Ayrıca Ame.İHÖB hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Gemalmaz (2012b), s. 341-344.

72 Gemalmaz (2012b), s. 341.

73 Eren (2012), s. 157.

74 Ame.İHS'nin orijinal metni ve Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz (2003), s. 23-58 ve s. 381-416. Ayrıca Ame.İHS hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Gemalmaz (2012b), s. 344-412.

75 Gemalmaz (2012b), s. 344.

76 Gözlügöl, s. 124.

77 Gözlügöl, s. 126.

78 De Schutter, Olivier (2014) International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary, 2nd Edition, Cambridge, Cambridge University Press, s. 30.

ADÖ'nün Ame.İHÖB ve Ame.İHS'den başka üretmiş olduğu diğer insan hakları belgelerinden bazılarını “Amerikalılararası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi” (Ame.İÖCS⁷⁹); “Kişilerin Cebri Kaybedilmeleri Hakkında Amerikalılararası Sözleşmesi” (Ame.KCKS⁸⁰); “Kadınların Uyrukluluğu Hakkında Sözleşme” (KUHS⁸¹) ve “Kadınların Siyasi Haklarının Tanınması Hakkında Amerikalılararası Sözleşme⁸²” örnek gösterilebilir.

2. Afrika Birliği (Örgütü)

Siyasal bağımsızlıkların kazanılmasının yoğunlaştığı 1960'lı yıllardan sonra Afrikalı devletler bölgesel birlik oluşturma çabalarına hız vermiştir⁸³. Avrupa ve Amerika kıtalarında olduğu gibi, Afrika da kendi bölgesel insan hakları koruma sistemini oluşturmuştur⁸⁴. Bu bağlamda; “Afrika Birliği Örgütü” (ABÖ), 25.05.1963 tarihinde Addis Abada'da/Etiyopya, Devlet ve Hükümet Başkanları Konferansı'nda Afrika devletleri liderlerince kabul ve imza edilen “Afrika Birliği Şartı” ile kurulmuştur⁸⁵. ABÖ Şartı, 13.09.1963 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

ABÖ, uzun bir geçmişe dayanan Afrika'nın bütünleştirilmesi ve bölgesel işbirliği çabalarının kurumsallaşmış bir sonucudur⁸⁶. Örgütün amacı, üyeleri arasında işbirliğini, birlik ve dayanışmayı geliştirmenin yanında BM Antlaşması ve EİHB çerçevesinde uluslararası işbirliği çalışmalarına katılmaktır⁸⁷. Önemli ölçüde siyasete bulaşmış olmanın yanında bölgesel organizasyonlar arasında devletlerin egemenliklerine en çok saygı gösteren⁸⁸ Afrika Birliği, Afrika Kıtasında insan haklarının korunması amacıyla matuf bir şartın hazırlanıp yayımlanmasına öncülük etmiştir⁸⁹.

79 Gemalmaz (2012b), s. 412-418.

80 Gemalmaz (2012b), s. 418-425.

81 Gemalmaz (2012b), s. 426.

82 Gemalmaz (2012b), s. 428-430.

83 Bozkurt (2006), s. 139.

84 Brems, Eva (2001) Human Rights: Universality and Diversity, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, s. 92.

85 Gemalmaz (2012b), s. 439.

86 Gemalmaz, Mehmet Semih (1987a) “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı Üzerine Düşünceler”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S. 2, s. 131.

87 Döner, s. 132.

88 Donnelly, s. 230.

89 Anayurt, Ömer (1998) Toplanma Hürriyeti Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti, İstanbul, Kazancı Yayınları, s. 58.

Afrika Birliğinin kurulması fikrinin resmi ve kurumsal düzlemde ilkesel olarak kabul edilmesi aşamasından sonra; “*Afrika Birliğinin Kurucu Anlaşması*” (AB Kurucu Anlaşması), 11.07.2000 tarihinde kabul edilmiş ve 26.05.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁹⁰. AB Kurucu Anlaşması (md.33/I)’e göre, Kurucu Anlaşma, ABÖ Şartının yerine geçmektedir⁹¹. Bu yüzden ABÖ’nün adı, AB olarak değişmiştir.

AB(Ö) tarafından üretilen insan hakları belgelerine; “*Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı*” (Af.İHHŞ⁹²); “*Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı*” (Af.ÇHEŞ⁹³) ve “*Afrika Gençlik/Gençler Şartı*”⁹⁴ örnek olarak gösterilebilir.

3. Avrupa Konseyi Örgütü

İnsan hakları konusunda yapılan çalışmaların daha etkili olmasını sağlamak üzere, devletler bölgesel olarak çalışma isteğini göstermişler ve bu konuda ilk olarak Avrupa Devletlerini kapsayan Avrupa Konseyi çerçevesinde çalışmalar başlamıştır⁹⁵. Avrupa devletleri arasında, bir bölgesel insan hakları koruma sistemi işletilmesi düşüncesi doğrultusunda⁹⁶; bölgesel düzlemdeki bir örgüt olan Avrupa Konseyi (AK), İkinci Dünya Savaşının hemen bitiminde⁹⁷ güçlenen “Avrupa’nın birleştirilmesi” düşüncesinden doğmuştur⁹⁸. Özellikle İkinci Dünya Savaşının Avrupa’da yaptığı siyasal, toplumsal ve ekonomik çö-

90 Gemalmaz (2012b), s. 444-445.

91 Gemalmaz (2012b), s. 445.

92 Af.İHHŞ’nin orijinal metni ve Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz (2003), s. 229-251 ve s. 573-595. Ayrıca Af.İHHŞ hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Gemalmaz (2012b), s. 444-451.

93 Af.ÇHEŞ’nin orijinal metni ve Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz (2003), s. 332-358 ve s. 669-693. Af.ÇHEŞ’nin Türkçe çevirisi ilk kez Gemalmaz tarafından şurada yapılmıştır: Gemalmaz, Mehmet Semih (2002) Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Ulusalüstü Belgeler (Bölgesel Sistemler), İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, s. 408-426. Ayrıca Af.ÇHEŞ hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Gemalmaz (2012b), s. 509-513.

94 Afrika Gençlik Şartı’nın ilk Türkçe çevirisi için ve Afrika Gençlik Şartı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Gemalmaz, Mehmet Semih (2011a) Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri I. Cilt Bölgesel Sistemler, 2. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, s. 1101-1130.

95 Aziz, Aysel (1971), “İnsan Hak ve Ana Özgürlüklerinin Avrupa Konseyi Çerçevesinde Korunması”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD), C. 26, S. 1, s. 245-246.

96 Mowbray, Alastair (2007) Cases and Materials on the European Convention on Human Rights, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, s. 3.

97 Gemalmaz (2012b), s. 8.

98 Özdek, Yasemin (2004) Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Ankara, TODAİE Yayınları, s. 1.

küntü, yeni bir Avrupa'nın kurulması düşüncesinin benimsenmesine yol açmıştır⁹⁹.

Avrupa hükümetleri ve parlamentoları arasında işbirliğini sağlamak amacıyla kurulmuş bölgesel bir hükümetlerarası örgüt olan¹⁰⁰ AK, kuruluşu ile birlikte insan hakları konusunda bir sözleşme hazırlamayı kendine bir görev edinmiştir¹⁰¹. AK kurucu belgesi, 05.05.1949 tarihinde imzaya açılan ve işlerlik kazanmasının koşulu olan 7 Devletin onaylamasıyla 03.08.1949 tarihinde yürürlüğe giren “*Avrupa Konseyi Statüsü*”dür¹⁰². Türkiye onay belgesini, AK Genel Sekreterliğine 13.04.1950 tarihinde iletmiştir¹⁰³. Statü (md. 42/c) hükmü uyarınca, Türkiye, AK'ne bu tarihte, katılmış sayılmaktadır¹⁰⁴. Ayrıca Türkiye, Konseyin kurucu üyelerinden biridir¹⁰⁵. Türkiye, Sözleşmeyi kabul etmekle, Sözleşmede yer alan bütün insan hak ve özgürlüklerine gerek kendi vatandaşları ve gerekse yabancılar için uymayı üstlenmiş bulunmaktadır¹⁰⁶.

AK, Avrupa düzeyinde insan haklarının geliştirilmesinde en önemli role sahiptir¹⁰⁷. Çoğulcu demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygıyı temel alan¹⁰⁸ Avrupa Konseyi, kuruluşundan itibaren Avrupa kıtasına yayılmaya başlamıştır¹⁰⁹. Halen AK üyesi devletlerde yaşayan toplam nüfus 800 milyon kişiyi aşmaktadır¹¹⁰.

AK'nin amaçları arasında yer alan ilkelerin en önemlisi kuşkusuz insan haklarının ve temel özgürlüklerin geliştirilmesi ve korunmasıdır¹¹¹. İnsan hakları kavramı, Konseyin kuruluş sürecinde ideolojik bir rol oynamış, bu kavram Batı Avrupa'yı birleştiren ortak değer ve ideal olarak görülmüştür¹¹². Ayrıca medya ve iletişim, hukuksal işbirliği, sosyal ve ekonomik sorunlar, sağlık, eği-

99 Gözübüyük & Gölcüklü, s. 7.

100 Özdek, s. 17.

101 Turhan, s. 130.

102 Gemalmaz (2012b), s. 8.

103 12.12.1949 tarih ve 5456 sayılı “*Avrupa Konseyinin Kurulması Hakkında İmzalanmış Olan Statünün Onanmasına Dair Kanun*” çıkarılmıştır. RG Tarih: 17.12.1949, Sayı: 7382. Detaylı açıklamalar için bkz. Gemalmaz (2012b), s. 9.

104 Gemalmaz (2012b), s. 9.

105 Fendoğlu, Hasan Tahsin (2016) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), S.25, s. 2.

106 Aziz, s. 269.

107 Rehman, s. 135.

108 Akıllıoğlu, s. 332.

109 Özdek, s. 4.

110 Gemalmaz (2012b), s. 11.

111 Gözübüyük & Gölcüklü, s. 8.

112 Özdek, s. 10.

tim, kültür, spor, gençlik, yerel demokrasi ve sınır aşırı işbirliği, çevre ve bölgesel planlama gibi çeşitli konular, Konseyin etkinlik alanlarıdır¹¹³.

AK, kurulum kurulmaz, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi sorununa öncelik vermiştir¹¹⁴. AKÖ bünyesinde, insan hakları belgeleri üretilmesi sürecinin temelini ve ilkinin oluşturan “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” (AİHS¹¹⁵), Avrupa Konseyine üye devletler tarafından 04.11.1950 tarihinde imzalanmış ve 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹¹⁶. Türkiye, Avrupa Konseyinin bir üyesi olarak AİHS’ni diğer üye devletlerle birlikte, 04.11.1950 yılında Roma’da imzalamıştır¹¹⁷.

AK şemsiyesi altında imzalanan sözleşmeler, ekonomi ve kültürden sosyal ve adli işler gibi çok geniş bir yelpazeye yayılmıştır¹¹⁸. AİHS’de sosyal haklara yer vermeyen Konsey üyesi devletler, bu eksikliği gidermeye yönelik ilk adımı 1961’de Avrupa Sosyal Şartını (ASŞ¹¹⁹) kabul ederek atmışlardır¹²⁰. AK’nin AİHS ve ASŞ’den başkaca üretmiş olduğu birçok önemli insan hakları belgesi bulunmaktadır. Örneğin, “Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi” (AİÖS¹²¹); “Çocukların Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi” (ÇHKAS¹²²); “Kadınlara Karşı Şiddet ve Aile İçi Şiddeti Önleme ve Bunlarla

113 Özdek, s. 17.

114 Gözübüyük & Gölcüklü, s. 9.

115 AİHS doğrultusunda; 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun” (RG Tarih: 19.03.1954, Sayı: 8662) çıkarılmıştır. AİHS’nin orijinal metni ve Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, Mehmet Semih (2006b) Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı: 2. Kitap - Avrupa Konseyi Belgeleri & Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kuralları Şerhi, İstanbul, Legal Yayıncılık, s. 25-41 ve s. 879-896; Bozkurt (2011), s. 203-224. Ayrıca AİHS ile detaylı açıklamalar için bkz. Gemalmaz (2012b), s. 12-167.

116 Şahin (2009), s. 149.

117 Aziz, s. 269.

118 Gözlügöl, s. 111.

119 İlgili belge doğrultusunda; 16.06.1989 tarih ve 3581 sayılı “Avrupa Sosyal Şartı’nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” (RG Tarih: 04.07.1989, Sayı: 20215) çıkarılmıştır. Ayrıca ASŞ hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Bozkurt (2011), s. 287-307.

120 Özdek, s. 12.

121 AİÖS doğrultusunda; 25.02.1988 tarih ve 3411 sayılı “İşkencenin ve Gayri-insani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” (RG Tarih: 26.02.1988, Sayı: 19737) çıkarılmıştır. Ayrıca AİÖS hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Bozkurt (2011), s. 311-318; Gemalmaz, Mehmet Semih (2011b), Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri II. Cilt Uluslararası Sistemler, 2. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, s. 202-247.

122 ÇHKAS doğrultusunda; 18.01.2001 tarih ve 4620 sayılı “Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” (RG Tarih: 01.02.2001, Sayı: 24305) çıkarılmıştır. Ayrıca ÇHKAS hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Gemalmaz (2011b), s. 258-261.

Mücadele Avrupa Sözleşmesi” (Av.KKŞMS¹²³) ve “*Ulusal Azınlıkların Korunması İçin Çerçeve Sözleşme*” (UAKÇS)¹²⁴ bunlardan bazılarıdır.

4. Arap Devletleri Birliği

Amerika ve Avrupa dışında dünyanın başka bölgelerinde de devletler, kendi aralarında¹²⁵ birlikler oluşturmuştur. Bunlardan birisi de Arap devletlerinin oluşturduğu birliktir. 22.03.1945'te Kahire'de altı Arap devleti (Mısır, Suudi Arabistan, Irak, Suriye, Lübnan ve Ürdün) imzaladıkları¹²⁶ *Arap Devletleri Birliği Şartı*¹²⁷ ile İkinci Dünya Savaşı sonrası evrenin ilk bölgesel örgütünü kurmuşlardır¹²⁸. Yani Arap Devletleri Birliği (ADB), İkinci Dünya Savaşının hemen sonrasında ilk bölgesel örgüt olarak kurulmuştur¹²⁹. Tarihten anlaşılacağı üzere; bu örgütün kuruluşu, BMÖ ve AKÖ'nün kuruluşundan daha öncedir. Şart, 11.05.1945'te yürürlüğe girmiştir¹³⁰. Birliğe daha sonradan bölgede yer alan başka devletler de üye olmuştur.

İnsan hakları açısından Birlik, üye devletler arasında barışçıl ilişkiler ile dayanışma ilkelerini getirmesiyle belirginleşmektedir¹³¹. Ayrıca Şartta, üye devletler arasında siyasal bağları güçlendirmek; üye devletlerin bağımsızlık ve egemenliklerini güvence altına almak; ... üye devletler arasında ekonomik, toplumsal ve kültürel alanlarda işbirliği sağlamak amaçları göz çarpmaktadır¹³². Fakat üye ülkeler arasında sıkı kurumsal ilişkiler kurulamamıştır¹³³. Ayrıca ADB bünyesinde üretilen insan hakları belgesine Arap İnsan Hakları Şartını¹³⁴ örnek vermek mümkündür.

123 Av.KKŞMS doğrultusunda; 24.11.2011 tarih ve 6251 sayılı “*Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*” (RG Tarih: 29.11.2011, Sayı: 28127) çıkarılmıştır. Ayrıca Av.KKŞMS hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Gemalmaz (2011b), s. 265-275.

124 UAKÇS hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Gemalmaz (2011b), s. 280-289.

125 Acer, Yücel & Kaya, İbrahim (2010) *Uluslararası Hukuk: Temel Ders Kitabı*, 3. Baskı, Ankara, Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu (USAK) Yayınları, s. 196.

126 Gemalmaz (2012b), s. 515.

127 Shelton, s. 473-478.

128 Gemalmaz (2012b), s. 515.

129 Gemalmaz, Mehmet Semih (1987b), “Arap Ortadoğusuna İnsan Hakları Uygulamaları Açısından Bakış”, *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 9, s. 201.

130 Gemalmaz (2012b), s. 515.

131 Gemalmaz (1987b), s. 201-202.

132 Gemalmaz (2012b), s. 515.

133 Acer & Kaya, s. 197.

134 İlgili Belge hakkındaki açıklamalara ilerleyen bölümlerde yer verilmiştir.

II. TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ ÖZGÜRLÜĞÜ VE BU ÖZGÜRLÜĞE YER VEREN ULUSALÜSTÜ İNSAN HAKLARI HUKUKU BELGELERİ

Düşüncenin serbestçe yayılma araçlarından biri de insanların bir araya gelmeleri, karşılıklı olarak düşündüklerini birbirlerine aktarmalarıdır¹³⁵. İşte bu faaliyetin ortaya çıkış hallerinden birisi, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüdür. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemek, bireylerin bir araya gelmesi ile başlayan bir sürece işaret eder¹³⁶.

Toplantı ve gösteri yürüyüşleri; bireylerin belli ortak çıkarları savunmak, düşünce değişiminde bulunmak ve belli fikir ve kanaatler çerçevesinde kamuoyu oluşturmak için geçici olarak bir araya gelmeleridir¹³⁷. Gösteri ve yürüyüşler; siyasal, sosyal, mesleki ve ekonomik konularda, bir karara, bir düzenlemeye veya uygulamaya karşı protesto veya hoşnutsuzluğu ortaya koyma yahut bir hak istemini dile getirme biçiminde, kitlelerin belli konularda kanaatlerini toplu olarak açıklamasıdır¹³⁸.

Toplantılar, bazı konularda görüşlerin ifade edilmesi için¹³⁹ müzakere ve tartışma anlamında, toplu ifade durumlarıdır¹⁴⁰. Toplanma ya da bir araya gelme, hak öznelerinin, amaçlarına ulaşmak için dayanışmayla oluşturdukları kolektif iradenin kurucu ögesidir¹⁴¹. Düşüncenin ifade edilmiş yöntemlerinden biri olan¹⁴² toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, bir düşüncenin toplu olarak açıklanması söz konusudur¹⁴³.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü; özellikle halk kitleleri için elverişli, pratik, ucuz ve etkili bir ifade ve baskı aracıdır¹⁴⁴. Herkese açık olması,

135 Akın, İlhan F. (1964) "Toplanma Özgürlüğü", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), C. 30, S. 3-4, s. 545.

136 Özenç, Berke (2015) "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekân Yasakları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), C. 74, S. 2, s. 88.

137 İşgören, Ali (2011) Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 147.

138 Kaboğlu, İbrahim Özden (1989) Kolektif Özgürlükler, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi (DÜHF) Yayınları, s. 63.

139 Ghosh, Soumya K. (1993) Freedom of Speech and Assembly and Public Order, New Delhi, Ashis Publishing House, s. 18.

140 Salát, Orsolya (2015) The Right to Freedom of Assembly: A Comparative Study, Oxford, Bloomsbury Publishing, s. 6.

141 Özenç, s. 88-89.

142 Eryılmaz, Mesut Bedri & Seyhan, Kazım (2007) "Türk ve İngiliz Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı", Türk İdare Dergisi (TİD), S.455, s. 46.

143 Eryılmaz & Seyhan, s. 48.

144 Tanör, Bülent (1994), Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Genişletilmiş Yenilenmiş 3. Baskı, İstanbul, BDS Yayınları, s. 107.

kullanımı bakımından basın araçlarında olduğu gibi fertlerin ekonomik durumunu göz önüne almaması, fikir ve düşüncelerin toplu bir şekilde ifadesine imkân sağlaması, toplantı ve gösteriyi en sık başvurulmuş baskı ve ifade aracı haline dönüştürmüş durumdadır¹⁴⁵. Kişiler, siyasi, sosyal, kültürel vb. nedenlerle toplanırlar ve gösteriler, yürüyüşler, mitingler düzenleyerek görüşlerini toplu olarak ifade ederler¹⁴⁶. Gösteri ve yürüyüşlerle oluşturulan grup sayesinde bireysel çabayla başarılamayacak amaçlar gerçekleştirilmek istenir¹⁴⁷. Ayrıca belirtmek gerekir ki; toplu eylem özgürlükleri, birden çok kişinin ancak birlikte kullanabildiği, özneleri sürekli ya da geçici gruplaşmalardan oluşan ve bireylerin yalnız başlarına gerçekleştiremediği amaçları hedef alan özgürlüklerdir¹⁴⁸.

Demokratik bir ülkede, demokrasinin olmazsa olmazı olarak, siyasal ve sosyal çoğulculuğu/çeşitliliği korumanın yolu, her türlü düşüncenin serbestçe ve barışçıl bir şekilde ifade edilebilmesidir¹⁴⁹. Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, şiddeti içermemesi, aleni olması, belli bir amacı taşıması gibi özellikleriyle sivil itaatsizlikle büyük oranda benzerlik göstermektedir¹⁵⁰. Sivil itaatsizlik, hukuk devleti idesinin içerdiği üstün değerler uğruna kamuya açık ve yasaya aykırı olarak gerçekleştirilen, bu sırada üçüncü kişilerin daha üstün bir hakkını çiğnemeyen, barışçıl bir protesto edimidir¹⁵¹. Şiddetsizlik, sivil itaatsizliğin meşruiyet temelini en önemli kaynağıdır¹⁵². Çünkü hukuk devletindeki bir eylemin sivil itaatsizlik olarak nitelendirilebilmesi öncelikle onun şiddet içermemesine bağlıdır¹⁵³.

Ulusalüstü insan hakları hukuku bağlamında üretilen insan hakları belgelerinin birçoğunda toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne yer verildiğini görebilmek mümkündür. Bu anlamda, hem uluslararası düzlemde (BMÖ) hem de bölgesel düzlemde (ADÖ, ABÖ, AKÖ ve ADB) toplantı ve gösteri yü-

145 Sunay, Reyhan (2001) Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, s. 182.

146 Doğru, Osman & Nalbant, Atilla (2013) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar: 2. Cilt, İstanbul, Legal Yayıncılık, s. 430.

147 Kaboğlu (1989) s. 63.

148 Kaboğlu (2006), s. 284.

149 Eryılmaz & Seyhan, s.46.

150 Sunay, s. 185.

151 Ökçesiz, Hayrettin (1996) Sivil İtaatsizlik, 2. Baskı, İstanbul, AFA Yayınları, s. 130.

152 Gönen, Yakup (2011) "İnsan Haklarının Korunma Yöntemi Olarak Sivil İtaatsizlik", e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 116, s. 16.

153 Gönen, s. 16.

rüyüşü özgürlüğüne değinilmiştir. Çalışma konusu doğrultusunda belirlenen on bir¹⁵⁴ belge, kronolojik olarak incelenecektir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, kronolojik olarak;

1. 02.05.1948 tarihli “*Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi*” (21. madde¹⁵⁵),
2. 10.12.1948 tarihli “*Evensel İnsan Hakları Bildirisi*” (20. madde¹⁵⁶),
3. 04.11.1950 tarihli “*İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi*” (*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*) (11. madde¹⁵⁷),
4. 16.12.1966 tarihli “*Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi*” (21. madde¹⁵⁸),
5. 22.11.1969 tarihli “*Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi*” (15. madde¹⁵⁹),
6. 27.06.1981 tarihli “*Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartları*” (11. madde¹⁶⁰),
7. 20.11.1989 tarihli “*Çocuk Hakları Sözleşmesi*” (15. madde¹⁶¹),
8. 11.07.1990 tarihli “*Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı*” (8. madde¹⁶²),
9. 15.09.1994 tarihli “*Arap İnsan Hakları Şartı*” (28. madde¹⁶³) ve aynı Şartın 23.05.2004 tarihli güncel hali (24. madde¹⁶⁴),
10. 09.12.1998 tarihli “*Evensel Düzlemde Tanınmış İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Geliştirilmesi ve Korunmasında Bireylerin, Grupların ve Toplum Organlarının Hakkı ve Sorumluluğu Bildirisi*” (5. madde¹⁶⁵) ve
11. 02.07.2006 tarihli “*Afrika Gençlik Şartı*” (5. madde¹⁶⁶) belgelerinde yer almıştır.

154 Yer verilecek belgelerden birisi olan Arap İnsan Hakları Şartı'nın ilk ve güncellenmiş olmak üzere her iki haline de değinilecektir. Fakat çalışma kapsamındaki değerlendirmelerde, ilgili Belgenin güncel hâli dikkate alınacaktır.

155 Gemalmaz (2011a), s. 723.

156 Gemalmaz (2011b), s. 13.

157 Gemalmaz (2011a), s. 13.

158 Gemalmaz (2011b), s. 117.

159 Gemalmaz (2011a), s. 737.

160 Gemalmaz (2011a), s. 971.

161 Gemalmaz (2011b), s. 603.

162 Gemalmaz (2011a), s. 1040.

163 Heyns, Christof (2002) Human Rights Law in Africa 1999, Human Rights Law in Africa Series, The Hague: Kluwer Law International, s. 396; Shelton, s. 483.

164 University of Minesota, Human Rights Library: <https://www1.umn.edu/humanrts/institute/loas2005.html> (s.e.t. 24.05.2016)

165 Gemalmaz (2011b), s. 1125-1126.

166 Gemalmaz (2011a), s. 1107.

A. AMERİKAN İNSAN HAKLARI VE ÖDEVLERİ BİLDİRİSİ

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne yer veren ulusalüstü insan hakları belgelerinden ilki, Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'dir. Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi (Ame.İHÖB) (*American Declaration of the Rights and Duties of Man*¹⁶⁷), Bogota/Kolombiya'da yapılan Doku-zuncu Uluslararası Amerikan Devletleri Konferansında 02.05.1948 tarihinde kabul edilmiştir¹⁶⁸. Aşağıda görüleceği üzere; Ame.İHÖB, 10.12.1948 tarihinde BM Genel Kurulunca kabul ve ilan edilen Evrensel İnsan Hakları Bildirisinden (EİHB) yedi ay önce ilan edilmiştir¹⁶⁹.

Ame.İHÖB'nin “**Toplanma hakkı**” başlıklı 21. maddesi¹⁷⁰ şu şekildedir¹⁷¹:

“Her kişi, herhangi bir konudaki ortak çıkarlara ilişkin hususlarla bağlantılı olarak, başka insanlarla bir resmi aleni toplantı yahut gayri resmi olarak bir araya gelme şeklinde barışçıl nitelikli toplanma hakkına sahiptir.”

Madde metninde açıkça belirtildiği üzere; tanınan hakkın adı, barışçıl nitelikli toplanma hakkıdır. Bu hakkın öznesi ise, “her kişi”dir. Burada yer alan düzenlemeye göre; her kişinin herhangi bir konu ile ilgili olarak ortak bir çıkar doğrultusunda buluşma ve diğer kişilerle hem resmi aleni toplantı hem de gayri resmi olarak bir araya gelme şeklinde barışçıl nitelikli toplanma hakkı bulunmaktadır. Görüldüğü gibi, toplanmanın resmi olabileceği gibi gayri resmi olabileceği de vurgulanmıştır. Ayrıca maddedeki düzenlemede, toplanma hakkına ilişkin herhangi bir sınırlama sebebine ve haliyle sınırlamanın tekniği ya da sınırlamanın sınırlarına yer verilmemiştir. Yine de maddenin varlığı, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne yer veren ilk ulusalüstü insan hakları belgesi olması adına, oldukça önemli bir adımdır.

Burada vurgulanan “ortak çıkarlar” ifadesi, toplantı kavramının amaç unsuruna işaret etmektedir. Amaç unsuru, herhangi bir konuda savunulan bir fikir ya da görüşün açıklanması ve yayılması şeklinde belirtilebilir¹⁷². Her top-

167 Rehman, s. 205-210; Shelton, s. 232-237.

168 Gemalmaz (2011a), s. 719.

169 Gemalmaz (2012b), s. 341.

170 Shelton, s. 235.

171 Gemalmaz (2011a), s. 723.

172 Sunay, s. 184.

lantı, bir amaca yönelir ve katılımcıları ortak bir amaç çevresinde bir araya getirir¹⁷³. Ortak bir amaç olmaksızın, birbirlerinden habersiz veya tesadüfen bir araya gelen kişiler toplantı değil, bir yığın oluştururlar¹⁷⁴.

Dikkat edileceği üzere; bu maddede belirtilen hak, kısaca geçirilme-miş ve açıklanarak ifade edilmiştir. Ayrıca anılan maddede, toplanma hakkına sahip olabilmenin temel koşulu olarak barışçıl nitelik¹⁷⁵ işaret edilmiştir. Aşağıda yer vereceğimiz, diğer ulusalüstü insan hakları belgelerinde de, burada yer alan barışçıl nitelik şartına açıkça vurgu yapıldığı görülecektir. Bu anlamda, barışçıl nitelik şartının birçok ulusalüstü insan hakları belgesinde esin kaynağı olduğu söylenebilir.

B. EVRENSEL İNSAN HAKLARI BİLDİRİSİ

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne yer veren ikinci ulusalüstü insan hakları belgesi ise Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'dir. Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (EİHB) (*Universal Declaration of Human Rights*¹⁷⁶), BM Genel Kurulunun 10.12.1948 tarih ve 217 A(III) sayılı kararıyla kabul ve ilan edilmiştir¹⁷⁷.

İnsan hakları ve temel özgürlükler açısından geniş bir alanı kapsayan¹⁷⁸ ve insan haklarının temel kaynaklarından birisi olan¹⁷⁹ Evrensel Bildiri'ye ilişkin olarak, Türkiye, 06.04.1949 tarih ve No.3/9119 sayılı "*İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı*" çıkarmış ve bu karar uyarınca Evrensel Bildirinin Türkçe resmi çevirisi yayımlanmıştır¹⁸⁰.

173 Kaboğlu (1989), s. 62.

174 Atalay, Esra (1995) Türkiye'de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi (DEÜHF) Yayınları, s. 4.

175 Barışçıl nitelik şartı ile ilgili detaylı açıklamalara AİHS'nin incelendiği bölümde yer verilmiştir.

176 Rehman, s. 53-56; Crawshaw, Ralph & Holmström, Leif (2008) Essential Texts on Human Rights for the Police: A Compilation of International Instruments, 2nd Revised Edition, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, s. 25-31; Clayton, Richard & Tomlinson, Hugh (2009), The Law of Human Rights, Volume II, 2nd Edition: Oxford, Oxford University Press, s. 119-122.

177 Gemalmaz (2011b), s. 3.

178 Gözübüyük & Gölcüklü, s. 5.

179 Tezcan & Erdem & Sancakdar & Önok, s. 41.

180 Gemalmaz (2011b), s. 3. Ayrıca EİHB'nin Türkçe resmi çevirisi için bkz. RG Tarih: 27.05.1949, Sayı: 7217.

Modern insan hakları hukukunun kurucu belgesi ve temel kaynağı olan¹⁸¹ EİHB, insan haklarını düzenleyen geniş kapsamlı bir belge olup bir sözleşme veya antlaşma değildir¹⁸². EİHB, uluslararası hukuk bağlamında bir antlaşma niteliği taşımadığından katılımcı devletler bakımından bağlayıcı değildir, hükümleri sadece yol gösterici niteliktedir¹⁸³. Genel Kurulun bir tavsiyesi niteliğinde olan¹⁸⁴ EİHB'nin hukuksal açıdan bağlayıcılık nitelikte olmadığı uzun süreyle, yaygın ve genel kabul bulan bir görüş olmuştur¹⁸⁵. Başka bir deyişle; BM'nin bir kararı olan bu Bildiri, hukuki açıdan bağlayıcı bir belge değildir¹⁸⁶. Ayrıca Bildiride insan haklarının korunmasına yönelik bir denetim olanağına yer verilmemiştir¹⁸⁷.

Öğretide savunulan yaygın görüşe göre; bu belge, uluslararası alanda ve devletler bakımından sadece “moral değere” sahiptir¹⁸⁸ ve bu etkisinin tartışılması mümkün değildir¹⁸⁹. Bu belge hukuki bağlayıcılıktan yoksun olsa da, tarihi ve manevi bakımdan büyük bir değer taşır¹⁹⁰. Çünkü EİHB, insan hak ve özgürlüklerinin somut bir açıklığa kavuşması yönünde atılmış çok önemli ve etkili bir adımdır¹⁹¹. Ayrıca Bildirinin insan hakları geleneğinin gelişiminde bir dönüm noktası olduğunu söylemek yanlış olmaz¹⁹². Bu anlamda, Bildirinin yön gösterici ilkeler belirleyici bir belge olduğu kabul edilebilir¹⁹³. O halde, bu Belgenin, emredici olmasa da, manevi ağırlığı şüphe götürmez¹⁹⁴. Özetle Bildirge, tek başına hukuken bağlayıcı olmasa da, insan hakları alanında yeni bir çığır açan, bir dönüm noktası teşkil eden ve hayati önemi yadsınamaz temel bir insan hakları kaynağıdır¹⁹⁵.

181 Gemalmaz (2012a), s. 59.

182 Atalay, s. 43; Gözübüyük & Gölcüklü, s. 5.

183 Tezcan & Erdem & Sancakdar & Önok, s. 41.

184 Civelek, Jale (1992), “Evrensel Düzeyde Haklara Genel Bir Bakış”, *Argumentum Aylık Hukuk Dergisi*, S.25, s. 384.

185 Gemalmaz (2012a), s.63.

186 Reisoğlu, Safa (2001) *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, İstanbul, Beta Basım Yayım, s. 1; Döner, s. 38; Aksar, s. 316.

187 Reisoğlu, s. 1.

188 Kaboğlu (1999), s. 131.

189 Bozkurt (2006), s. 71.

190 Kapani, s. 62.

191 Reisoğlu, s. 1.

192 Bozkurt (2006), s. 71.

193 Bozkurt (2006), s. 71.

194 Gözübüyük & Gölcüklü, s. 5.

195 Tezcan & Erdem & Sancakdar & Önok, s. 42.

EİHB, tüm halklar ve tüm milletler için bir ortak başarı standardı olarak kabul edilen bir belgedir¹⁹⁶. Genel olarak batılı insan hakları düşüncesinin izlerini taşıyan¹⁹⁷ EİHB, insan hak ve temel hürriyetlerinin, milletlerarası düzeyde, üzerinde tartışılan bir tanımı olmuştur¹⁹⁸. Ayrıca insan hakları standartlarının dünya çapında gündeme gelmesi EİHB ile olmuştur¹⁹⁹.

EİHB, çağdaş toplumlarda insan haklarını tanımlayan bir belge olarak ortaya çıkmaktadır²⁰⁰. Genel olarak, devletleri, hukuksal bir yükümlülük altına sokmayan Bildiri, kabul edildiğinden bu yana hem ulusal, hem uluslararası düzeyde etkisini göstermiştir²⁰¹. Pek çok ülkede ve ülkemizde, ulusal mahkeme kararında, bu Belgedeki evrensel nitelikli ilkelere atıfta bulunulmuştur²⁰². Bildirinin İkinci Dünya Savaşı sonrası hazırlanan hemen bütün anayasalara etkisi bir yana; başta AİHS olmak üzere, birçok devletler hukuku sözleşmesinde bu Bildiriye açıkça atıfta bulunulmaktadır²⁰³. Ayrıca bu Belge, BM içinde ve dışında yapılan benzer uluslararası sözleşmelere de esin kaynağı olmuş²⁰⁴ ve Bildiriye dayanılarak uluslararası alanda birçok sözleşme metni hazırlanmıştır²⁰⁵. Başka bir deyişle, bu Belge, uluslararası topluma yol gösterici bir kaynak niteliğinde olup uluslararası ve ulusal düzeyde insan hakları hukuku ile ilgili çok önemli metinlerin ortaya çıkmasına esas teşkil etmiştir²⁰⁶.

EİHB'nin 20. maddesi²⁰⁷ şu şekildedir²⁰⁸:

“1. Herkes barışçıl nitelikli toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne sahiptir.

2. Hiç kimse bir örgüte girmeğe zorlanamaz.”

196 Vitkauskaitė-Meurice, Dalia (2010) “The Arab Charter on Human Rights: The Naissance of New Regional Human Rights System or a Challenge to the Universality of Human Rights?”, *Jurisprudence*, 1(119), s. 166.

197 Döner, s. 37.

198 Bozkurt (2003), s. 58; Bozkurt (2006), s. 69.

199 Doğan, İlyas (2005) “BM'nin Kuruluş Aşamasında Barışı ve İnsan Haklarını Korumaya Yönelik Belgeler Işığında Güncel Bir Saptama”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, s. 71.

200 Karaosmanoğlu, s. 136.

201 Gözübüyük & Gölcüklü, s. 6.

202 Gözübüyük & Gölcüklü, s. 5.

203 Doğan, s. 70.

204 Tezcan & Erdem & Sancakdar & Önok, s. 41-42.

205 Civelek, s. 384.

206 Aksar, s. 316.

207 Crawshaw & Holmström, s. 29; Clayton & Tomlinson, s. 121.

208 Gemalmaz (2011b), s. 13; Gemalmaz (2012a), s. 221.

Madde hakkında gerekli açıklamalara yer vermeden önce, maddenin çevirisi hakkında bazı hususlara değinmek gerekir. Türkçe resmi çeviride; madde metninde geçen “barışçıl nitelikli toplanma” (*freedom of peaceful assembly*) ibaresi “muslihane toplanma”, “örgütlenme özgürlüğü” (*freedom of association*) ibaresi “dernek kurma ve derneğe katılma serbestisi” ve “bir örgüte” (*an association*) ibaresi “bir derneğe” şeklinde ifade edilmektedir²⁰⁹. Bu bağlamda, yapılan çevirilerin farklılığı ortaya çıkmaktadır.

EİHB'nin 20. maddesinin ilk fıkrasında belirtilen özgürlüğün adı, barışçıl nitelikli toplanma özgürlüğüdür. Buna göre; herkesin barışçıl nitelikli toplanma özgürlüğüne sahip olduğu açık bir şekilde belirtilmiştir. Dikkat edileceği üzere; burada da barışçıl nitelik şartı vurgulanmıştır. Ayrıca burada toplanma özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü ile birlikte düzenlenmiştir.

Madde metni, oldukça sade ve kısa olup konu hakkında detaylı bilgiler içermemektedir. Bildiri formatında yer alan bu Belgede, toplanma özgürlüğünün tanınması ve kullanılması anlamında, herhangi bir sınırlama sebebine yer verilmemiştir. Buna rağmen, EİHB'nin ortaya çıktığı dönem düşünüldüğünde, ilgili maddenin varlığının önemi yadsınamaz. Ayrıca toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, BMÖ'nün üretmiş olduğu insan hakları belgelerinde, ilk defa burada yer almıştır.

C. İNSAN HAKLARINI VE TEMEL ÖZGÜRLÜKLERİ KORUMA SÖZLEŞMESİ (AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ)

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne yer veren ulusüstü insan hakları belgelerinden birisi de, İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesidir. AK tarafından hazırlanarak 04.11.1950 tarihinde Roma'da kabul edilip imzaya açılan “İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi” (No.005, (*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*²¹⁰), 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir²¹¹. Bu Belge, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) veya İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) olarak da anılmaktadır.

Türkiye, AİHS'ni 04.11.1950 tarihinde imzalamıştır ve Protokol No.1 ile birlikte, 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri

209 Gemalmaz (2011b), s. 13.

210 Rehman, s. 136-140; Clayton & Tomlinson, s. 47-58.

211 Gemalmaz (2011a), s. 5.

Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun'u²¹² çıkartarak onaylamıştır²¹³. Sözleşmenin onay belgesi 18.05.1954 tarihinde AK Genel Sekreterliğine depo edilmiş ve Sözleşme bu tarihten itibaren Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir²¹⁴. Türkiye, AİHS'ni imzalamakla, Sözleşmede yer alan bütün hak ve özgürlüklere hem kendi vatandaşları hem de ülkesinde bulunan tüm yabancılar için uyma yükümlülüğü altına girmiştir²¹⁵. Ayrıca Anayasamızın 90. maddesi gereğince; Sözleşme, kanun gibi bağlayıcılık kazanmış olup Anayasaya aykırılığı öne sürülemez²¹⁶.

Bir görüşe göre; AİHS, insan haklarının hukuksal açıdan korunması konusunda en güçlü uluslararası belge niteliğindedir²¹⁷. Temelini özgürlükçü demokrasinin teşkil ettiği²¹⁸ bu Sözleşme, temel özgürlüklerin, yeryüzünde adalet ve barışın temelini oluşturduğuna işaret etmektedir²¹⁹. AİHS ile insan haklarının etkin bir şekilde, bölgesel düzeyde korunması düzeni kurulmuş²²⁰, böylece bireyin milletlerarası hukuktan kaynaklanan kimi hakları kabul edilmiş ve üye devletlere de kimi yükümlülükler getirilmiştir²²¹.

Uluslararası hukuk sisteminin en gelişmiş formlarından biri olan²²² AİHS, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hem metni itibarıyla hem de kurduğu sistem itibarıyla pek çok kez reforma konu olmuştur²²³. AİHS (ve ek protokolleri), insan hakları için uluslararası güvence sisteminin kurumsallaşmasına yönelik uluslararası uğraşların bir ürünüdür²²⁴. AİHS ve ek protokoller bir bütündür²²⁵ ve yürürlüğe girmiş bulunan Protokoller, Sözleşmenin ayrılmaz bir

212 Belgenin resmi çevirisi için bkz. RG Tarih: 19.03.1954, Sayı: 8662

213 Gemalmaz (2011a), s. 5.

214 Gemalmaz (2011a), s. 5-6.

215 Gözübüyük & Gölcüklü, s. 18.

216 Fendoğlu, s. 2.

217 Turhan, s. 131.

218 Yıldız, Mustafa (1999) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İşlevsel Konumu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan Özel Sayısı, C. 11, S. 1-3, s. 681.

219 Yanık, s. 1144.

220 Gözlügöl, s. 137.

221 Gözlügöl, s. 137.

222 Janis, Mark W. & Richard, S. Kay & Anthony, W. Bradley (2008), *European Human Rights Law: Text and Materials*, 3rd Edition, Oxford, Oxford University Press, s. 3.

223 Gözlügöl, Said Vakkas & Poyraz, Yasin (2015), "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında 15 ve 16 Nolu Ek Protokollerle Öngörülen Reform", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, S.20, s. 61.

224 Yıldız, s. 679.

225 Fendoğlu, s. 3.

parçasını oluştururlar²²⁶. Ayrıca taraf devletlerin istek ve iradelerinin hukukî yansıması olarak nitelendirilen²²⁷ Ek Protokoller, Sözleşmenin donmuş bir metin olmadığını göstermektedir²²⁸.

Sözleşmede, insan hak ve özgürlüklerinin, mümkün olduğunca somut ve ayrıntılı bir şekilde tanımlanması ve sınırlarının belirlenmesi yoluna gidilmiştir²²⁹. Sözleşme sisteminde her bir hak ve özgürlük önce tanımlanmış ve ardından bunun sınırları gösterilmiştir²³⁰. Demokratik bir düzen olmaksızın temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınıp gelişemeyeceği görüşünden yola çıkan²³¹ AİHS, sözleşmeye taraf devletlerin amaçları ile konulan kurallar ve bu kuralların içeriği itibarıyla, kişilere doğrudan haklar tanımaktadır²³². Bi-reyi uluslararası hukukun bir süjesi haline getiren²³³ bu belge, temel hak ve özgürlükleri, demokratik bir toplumun asgari standartları olarak derlemiştir²³⁴. Burada asıl ağırlık kişi hakları olup, siyasî haklar sınırlı bir yer tutmaktadır²³⁵.

AİHS'nin “**Toplanma ve örgütlenme özgürlüğü**” başlıklı 11. maddesi²³⁶ şu şekildedir²³⁷:

“1. Her kişi, barışçıl nitelikli toplanma özgürlüğü ve menfaatlerini korumak için sendikalar kurmak ve sendikalara girmek hakkı dahil olmak üzere, başkalarıyla birlikte örgütlenme özgürlüğü hakkına sahiptir.

2. Bu hakların kullanımına, ulusal güvenlik ya da kamu emniyeti yararı için, düzensizliğin ya da suçun/(suç işlenmesinin) önlenmesi için, sağlığın ya da ahlakın korunması yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, yasa tarafından öngörülen ve bir demokratik toplumda gerekli olanlardan başka hiçbir kısıtlama getirilmeyecektir. Bu Madde, bu

226 Gözlüçöl, s. 138.

227 Gözlüçöl & Poyraz, s. 82.

228 Fendoğlu, s. 3.

229 Döner, s. 82.

230 Anayurt, s. 58.

231 Ünal, Şeref (1994) “Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması”, Anayasa Yargısı Dergisi, S.11, s. 47.

232 Şahbaz, İbrahim (2004) “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi, S.54, s. 178.

233 Tezcan & Erdem & Sancakdar, s. 53.

234 Ünal, s. 41.

235 Anayurt, s. 57.

236 Shelton, s. 15; Clayton & Tomlinson, s. 50.

237 Gemalmaz (2011a), s. 13. Ayrıca AİHS'nin 11. maddesinin birinci fıkrasının resmi çevirisi, “**Her şahıs asayişini ihlâl etmeyen toplantılara katılmak ve başkalarıyla birlikte sendikalar tesis etmek ve kendi menfaatlerini korumak üzere sendikalara girmek hakkı dâhil olmak üzere dernek kurmak hakkını haizdir.**” şeklindedir.

hakların silahlı kuvvetler, polis örgütü ya da Devlet idaresi mensupları tarafından kullanılmasına yasaya/(hukuka) uygun kayıtlamalar getirilmesini engellemeyecektir.”

AİHS'nin 11. maddesi, birbiriyle ilgili olan, toplanma ve örgütlenme özgürlüklerini temin etmektedir²³⁸. AİHS'nin 11. maddesinin birinci fıkrası, herkesin toplanma ve örgütlenme özgürlüğünü tanımakta ve bu hak kapsamında bireylerin sendika kurma ve sendikalara girme hakkını da açıkça güvenceye almaktadır²³⁹. Başka bir ifadeyle; AİHS'nde, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne ilişkin düzenleme, örgütlenme özgürlüğü ile birlikte aynı maddede düzenlenmiştir. Bir görüşe göre²⁴⁰; bunun arkasında yatan anlayış, demokratik toplumun işleyişinin bu hakların bir arada kullanılabilmesine bağlı olduğu ve ancak toplantı özgürlüklerinin kullanılabilmesi ile örgütlenme özgürlüğünün de kullanılabilmesinin mümkün olacağı şeklindedir. Gerçekten de yer verilen bu iki özgürlük birbiriyle yakından ilişkilidir. Haliyle bu durum, kendini birçok insan hakları belgesinde de göstermektedir.

AİHS'nin 11. maddesinde güvence altına alınan haklar, genel olarak bireyin başka bir grup kişi ile birlikte kullandığı haklar olduğu için, çoğu kez kolektif haklar olarak nitelendirilir²⁴¹. Toplanma ve örgütlenme özgürlüğü, AK'nin temel değerlerinden biri olan siyasal demokrasiyi somutlaştıran özgürlükler arasında yer alır²⁴².

Gerek başlıkta ve gerekse 11. maddenin birinci fıkrasında, gösteri yürüyüşü özgürlüğü kavramı kelime olarak yer almamaktadır. Fakat AİHM, 11. maddede geçen “toplantı özgürlüğü” kavramını içtihatlarıyla “gösteri özgürlüğü”nü de kapsayacak şekilde genişletmiştir²⁴³. Oldukça isabetli olan bu gelişme, maddenin ve ilgili özgürlüğün daha iyi anlaşılabilmesine hizmet etmektedir.

Sözleşmeye göre, herkes düzeni bozmayan toplantılar yapmak ve bunlara katılmak hakkını haizdir²⁴⁴. Görüldüğü gibi; hakkın öznesi, “herkes”tir. Hakkın öznesi “herkes” olduğu için vatandaşlar gibi vatandaş olmayanlar da

238 Rehman, s. 154.

239 Özdek, s. 259.

240 Akbulut, Olgun (2013) “Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri”, Sibel İnceoğlu (Ed.), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 3. Baskı içinde, İstanbul, Beta Yayınları, s. 381.

241 Doğru & Nalbant, s. 429.

242 Doğru, Osman (2006) “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü”, Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi, S.64, s. 39.

243 Akbulut, s. 383.

244 Yarsuvat, Duygun (1968) Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İÜHF) Yayınları, s. 80.

bu haktan faydalanabilir²⁴⁵. Ayrıca AİHS'nin 11. maddesi, büyük orandaki nüfusu veya diğer insanları zorlamak için bir izin değildir²⁴⁶.

AİHS'nin 11. maddesinde ilk olarak herkesin barışçıl amaçlı ve asayiş bozmayan toplantılar yapabileceği öngörülmektedir²⁴⁷. Maddenin işaret ettiği barışçıl nitelik şartı oldukça önemlidir. Bu madde, sadece barışçıl amaçlarla yapılan, şiddet içermeyen toplantıları koruma altına alır²⁴⁸, saldırgan ve şiddetli toplanmaları korumaz²⁴⁹. Başka bir ifadeyle; toplantının “barışçıl” nitelik taşıması, bu haktan yararlanabilmenin ön koşuludur²⁵⁰. Katılanların silahlı olduğu bir toplantı, bu silahlar taş ve sopadan ibaret olsa ve kullanılmasa bile, barışçı bir toplantı sayılamaz²⁵¹. Ayrıca barışçıl toplanma hakkı, siyasi toplantı, yürüyüş ve protestoları içermektedir²⁵².

Toplantının yürütülmesine ilişkin “barışçı” nitelik, genel anlamıyla şiddete, özellikle de silahlı şiddete başvurulmaması olarak tanımlanmaktadır²⁵³. Toplantıya katılanların gelip geçene saldırı veya tehdide yönelmesi, eşyaların tahrip edilmesi, arabaların yakılması, taş, molotof kokteyli vb. atılması, toplantıyı barışçı olmaktan çıkarır²⁵⁴. Ayrıca herhangi bir toplantının bu özgürlük kapsamında kalabilmesi için toplantının barışçı niteliğinin toplantı boyunca devam etmesi gerekir²⁵⁵.

AİHS'nin 11. maddesinin ikinci fıkrası ise, bu özgürlüğün sınırlanma koşullarını düzenlemektedir²⁵⁶. Yani ikinci fıkrada özgürlüğün sınırlandırılmasına ilişkin sebepler açıklanmıştır. Toplantı barışçıl ise, o durumda geti-

245 Akbulut, s. 384.

246 Davis, s. 404.

247 Arıcan, Mehmet (2009) “Güvenlik Güçlerinin Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü: Uluslararası Hukuk ve Ülkemizdeki Uygulama”, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, C. 5, S. 19, s. 55.

248 Bozkurt (2003), 184; Tanyar, Ziya Çağa (2011) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), C. 60, S. 3, s. 607.

249 Doğru (2006), s. 44.

250 Alpkaya, Gökçen (2001) “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD), C. 56, S. 3, s. 7.

251 Alpkaya, s. 7.

252 Davis, s. 402.

253 Alpkaya, s. 7.

254 Alpkaya, s. 7-8.

255 Alpkaya, s. 7.

256 Özdek, s. 259.

rilen kısıtlamanın AİHS 11. maddesinin ikinci paragrafına göre demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının incelemesine geçilir²⁵⁷. Ulusal güvenlik, kamu emniyeti yararı, düzensizliğin ya da suçun/(suç işlenmesinin) önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması, başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması temel sınırlama sebepleri olarak sayılmıştır. Ayrıca yasa tarafından öngörülen ve bir demokratik toplumda gerekli olanlardan başka hiçbir kayıtlama getirilmeyeceğine dikkat çekilerek getirilecek sınırlamaların da sınırı çizilmiştir.

AİHS'nin 11. maddesi, sınırlamalara tabidir²⁵⁸. AİHS'nin 11. maddesinin ikinci fıkranın son cümlesinde ise düzenlenen bu maddenin, belirtilen hakların silahlı kuvvetler, polis örgütü ya da Devlet idaresi mensupları tarafından kullanılmasına yasaya/(hukuka) uygun kayıtlamalar getirilmesini engellemeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Böylelikle, toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün bu kişi kategorileri bakımından kısıtlanmasında ulusal makamlara geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır²⁵⁹. O halde, taraf Devletler, sayılan kişilerin bu haklardan yararlanması bağlamında yasaya/hukuka uygun sınırlamalar getirebilecektir.

D. ULUSLARARASI MEDENİ VE SİYASİ HAKLAR SÖZLEŞMESİ

EİHB haricinde, BMÖ'nün toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne yer verdiği insan hakları belgesinden birisi de Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesidir. EİHB ile bağlantılı şekilde olan²⁶⁰ Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS) (*International Covenant on Civil and Political Rights*²⁶¹), BM Genel Kurulunun 16.12.1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş, 19.12.1966 tarihinde imzaya açılmış ve 23.03.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁶².

Türkiye bu Sözleşmeyi, imzaya açıldığı 19.12.1966'dan yaklaşık 34 yıl ve yürürlüğe girdiği 03.01.1976'dan yaklaşık 24 yıl sonra 15.08.2000 tarihinde imzalamıştır²⁶³. Sözleşme, medeni ve siyasi hakları, EİHB'ne benzer şekilde

257 Tanyar, s. 607.

258 Stone, Richard (2008) Textbook on Civil Liberties and Human Rights, 7th Edition, Oxford, Oxford University Press, s. 23.

259 Özdek, s. 259.

260 Bozkurt (2003), s. 62; Bozkurt (2006), s. 73.

261 Rehman, s. 62-66; Clayton & Tomlinson, s. 135-147.

262 Gemalmaz (2011b), s. 95.

263 Gemalmaz (2011b), s. 95.

düzenlemiştir²⁶⁴. Başka bir deyişle, burada, genel olarak, EİHB’de yer verilmiş olan klasik haklar düzenlenmiştir²⁶⁵.

MSSH, küresel ölçekte medeni ve siyasal hakların en yetkin ve kapsamlı olarak düzenlenmiş olduğu sözleşme olarak nitelendirilmektedir²⁶⁶. Burada kapsanan haklar, daha ziyade medeni ve siyasal niteliklidir ve ekonomik, sosyal ve kültürel nitelikli hakları içermemektedir²⁶⁷. Taraf devletler, Sözleşme hükümleri ile bağlı olup, ulusal düzeyde sözleşmenin öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmek için gerekli hukuki düzenlemeleri yapmak zorundadır²⁶⁸.

MSSH’nin 21. maddesi²⁶⁹ şu şekildedir²⁷⁰:

“Barışçıl nitelikte toplanma/(toplantı) hakkı tanınacaktır. Bu hakkın kullanımına, ulusal güvenlik ya da kamu emniyeti, kamu düzeni yararı bakımından (yahut) kamu sağlığını ya da genel ahlakı korumak yahut başkalarının haklarını ve özgürlüklerini korumak için yasaya uygun biçimde öngörülmüş ve demokratik bir toplumda gerekli olan kayıtlamalardan başka hiçbir kayıtlama getirilemez.”

MSSH’nin 21. maddesinde yer alan hakkın adı, barışçıl nitelikteki toplanma/toplantı hakkı olarak belirtilmiş ve barışçıl nitelikteki toplanma/toplantı hakkının tanınacağı açık bir şekilde vurgulanmıştır. Fakat konu oldukça yüzeysel şekilde ifade edilerek detaylı açıklamalarda bulunulmamıştır. Ayrıca cümlelerin devamında bu hakkın sınırlama sebeplerine de yer verilmiştir. Bu bağlamda; ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeni yararı, kamu sağlığı, genel ahlak, başkalarının hak ve özgürlükleri sınırlama sebebi olarak sayılmıştır. Ayrıca yasaya uygun biçimde öngörülmüş ve demokratik bir toplumda gerekli olan kayıtlamalardan başka hiçbir kayıtlama getirilemeyeceği belirtilecek bir anlamda sınırlama tekniği ve sınırlamanın sınırı belirtilmiştir. Burada belirtilen barışçıl nitelik şartının yanı sıra sınırlama sebepleri ve sınırlamanın sınırı, birçok uluslararası insan hakları belgesinde kendini göstermektedir.

E. AMERİKAN İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Yukarıda da belirtildiği üzere; toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne

264 Aksar, s. 320.

265 Döner, s. 42.

266 Yanık, s. 1139.

267 Acer & Kaya, s. 191.

268 Aksar, s. 320.

269 Clayton & Tomlinson, s. 140.

270 Gemalmaz (2011b), s. 117.

yer veren ilk ulusalüstü insan hakları belgesi Ame.İHÖB idi. Amerika kıtasındaki bölgesel örgütlenmenin sonucu olarak ortaya çıkan ADÖ'nün üretmiş olduğu Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de (Ame.İHS) bu konuya değinilmiştir. Aynı zamanda “San Jose Paketi” olarak da anılan²⁷¹ Ame.İHS (*American Convention on Human Rights*²⁷²), 22.11.1969 tarihinde San Jose/Kosta Rika'da kabul edilmiş ve 18.07.1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁷³.

82 maddeden oluşan Sözleşme, ilk maddesiyle taraf devletlere Sözleşmede garanti altına alınmış olan hak ve özgürlükleri kabul yükümlülüğünü getirmektedir²⁷⁴. Ame.İHS, büyük ölçüde AİHS'ne benzemektedir²⁷⁵ ve ondan geniş ölçüde etkilenmiştir²⁷⁶. Avrupa'daki benzeri gibi, kişisel, hukuki, sivil ve siyasal haklarla sınırlı olan²⁷⁷ Ame.İHS, AİHS ve BM Sözleşmelerinden farklı olarak, iki grup hakları tek metinde birleştirmiştir²⁷⁸.

Ame.İHS'nin “**Toplanma hakkı**” başlıklı 15. maddesi şu şekildedir²⁷⁹:

“Silahsız olarak, barışçıl toplanma hakkı tanınmıştır. Bu hakkın kullanılmasına üzerine, yasaya uygun olarak öngörülen ve bir demokratik toplumda ulusal güvenlik, kamu emniyeti ya da kamu düzeni yararı yahut genel sağlığın ya da ahlakın ya da başkalarının haklarının ya da özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlardan başka hiçbir kayıtlama konulamaz.”

Madde metninden anlaşıldığı üzere; tanınmış olan toplanma hakkının iki temel şartına dikkat çekilmiştir: Bunlardan ilki silahsızlık şartı iken diğeri barışçıl nitelik şartı olarak belirtilmiştir. O halde, silahlı veya barışçıl nitelik taşımayan bir toplantı veya gösteri yürüyüşünün özgürlük kapsamında değerlendirilemeyeceği çıkarımında bulunulabilir.

Ame.İHS'de yer alan barışçıl nitelik şartı diğer ulusalüstü insan hakları belgelerinde de yaygın bir şekilde kullanılmasına rağmen, silahsızlık şartına başka herhangi bir insan hakları belgesinde rastlanılmamaktadır. Aslında silahsızlık kavramının da barışçıl nitelik şartına işaret ettiği söylenebilir. Ayrıca yeri gelmişken belirtmek gerekir ki; sadece Ame.İHS'de yer alan silahsızlık kavramına 1982 Anayasamızda da yer verilmiştir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü hakkındaki Anayasa hükmünün yer aldığı 34. maddede, “Herkes,

271 Gemalmaz (2012b), s. 344.

272 Gemalmaz (2003), s. 23-58.

273 Gemalmaz (2011a), s. 729.

274 Döner, s. 130.

275 Bozkurt (2003), s. 91.

276 Anayurt, s. 60.

277 Donnelly, s. 228.

278 Gözlügül, s. 126.

279 Gemalmaz (2011a), s. 737.

önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.” denilerek silahsızlık kavramına dikkat çekilmektedir. O halde 34. madde, her türlü toplantıyı değil, sadece silahsız ve saldırısız toplantıyı korumaktadır²⁸⁰. Silahsızlık, hak kullanımına katılan kişilerin silah kullanmamalarını ifade eder²⁸¹.

Ame.İHS'nin 15. maddesinin ilk cümlesinde, kısa ve öz bir ifadeyle toplanma hakkının tanındığı vurgulandıktan sonra bu hakkın sınırlarına değinilmiştir. Toplanma hakkının sınırlandırılması doğrultusunda; ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeni yararı, genel sağlık, ahlak ve başkalarının hak veya özgürlüklerinin korunması temel sebepler olarak belirtilmiştir. Ayrıca toplanma hakkı kapsamındaki sınırlamaların da yasaya uygun olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

F. AFRİKA İNSAN VE HALKLARIN HAKLARI ŞARTLARI

ADÖ ve AKÖ'den sonra, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne yer veren insan hakları belgelerine ABÖ'de rastlanılmaktadır. Ayrıca kronolojik olarak düşünüldüğünde, konuya ilk kez yer verilmesinin ardından hayli zaman geçtikten sonra, ABÖ'nün insan hakları belgelerinde toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün yer aldığı görülmektedir. ABÖ'nün üretmiş olduğu insan hakları belgelerinden, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne yer veren ilk insan hakları belgesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartları'dır. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartları (Af.İHHŞ) (*African Charter on Human and Peoples' Rights*²⁸²), ABÖ Devlet ve Hükümet Başkanları Meclisinin 18. Toplantısında 27/06/1981 tarihinde Nairobi, Kenya'da kabul edilmiş ve 21/10/1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁸³.

Birey haklarından çok grup hakları, özgürlükten çok ödev üzerinde vurgu yapan²⁸⁴ bu Şartın getirdiği yenilik, hakların içeriğiyle ilgilidir; *halkların haklarına* ilişkin olarak kapsadığı hükümlerdir²⁸⁵. Başka bir ifadeyle; bu Şartın özgün yönü, insan haklarının gelişmeci ve dinamik özelliğine de bir gösterge teşkil ederek, medeni ve siyasi hakların yanı sıra, ekonomik ve sosyal haklara

280 Atalay, s. 94.

281 Şirin, Tolga (2013) 30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı (Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Işığında), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 39.

282 Shelton, s. 385-395.

283 Gemalmaz (2011a), s. 967.

284 Kaboğlu (2006), s. 252.

285 Gözlüçöl, s. 129.

ve ayrıca “halkların hakları” başlığı altına giren bir dizi hakka da yer vermiş olmasıdır²⁸⁶.

Şart, kendinden önceki tüm bölgesel ve uluslararası belge ve metinlerden farklı olarak aynı metin içerisinde hem kişisel ve siyasî haklara hem sosyal ve ekonomik haklara hem de henüz oluşum aşamasında bulunan dayanışma haklarına ya da üçüncü kuşak haklara yer vermektedir²⁸⁷. Bu Şart, hem birey ile grup arasındaki ilişkiye, hem de halkların haklarına atıfta bulunması yönüyle farklı bir kavrama dayanmış olmakta ve diğer bölgesel belgelerden ayrılmış olmaktadır²⁸⁸.

Af.İHHŞ'nin 11. maddesi²⁸⁹ şu şekildedir²⁹⁰:

“Her birey başkaları ile serbestçe toplanma/(toplama özgürlüğü) hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanımı sadece, özellikle ulusal güvenliğin, emniyetin, sağlığın, ahlakın ve başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin yararına çıkarılanlar olmak üzere, yasayla öngörülen gerekli kayıtlamalara tabi olacaktır.”

Maddenin ilk cümlesinde, hakkın adı toplanma/toplanma özgürlüğü hakkı olarak belirtilmiş ve hak öznesi olarak da “her birey” ifadesi tercih edilmiştir. Buna göre; her bireyin başkalarıyla serbest bir şekilde toplanma/toplanma özgürlüğü hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Kısaca düzenlenen bu cümlede, diğer ulusüstü insan hakları belgelerinde özellikle vurgulanan barışçıl nitelik şartına burada değinilmemiştir. Her ne kadar burada bulunmasa da, aşağıda yer verilen ABÖ'nün diğer insan hakları belgelerinde, barışçıl nitelik şartı açıkça ifade edilmiştir.

Hakkın tanınmasına yer verilen ilk cümlelerin ardından, bu hakkın ulusal güvenlik, emniyet, sağlık, ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin sınırlama sebepleri olarak belirtildiği görülmektedir. Burada yer verilen sınırlama sebeplerinin beş tane ile sınırlı olması, bu Belgeyi diğer Belgelerden farklı kılmaktadır. Nitekim yer verilen diğer insan hakları belgelerinde, altı veya yedi farklı sınırlama sebebinin bulunduğu görülmektedir. Ayrıca bu hakka getirilecek olan kayıtlamaların yasayla öngörülmesi gerektiği de açıkça vurgulanmıştır.

286 Gemalmaz (2012b), s. 452.

287 Anayurt, s. 59.

288 Gözlügöl, s. 131.

289 Shelton, s. 387.

290 Gemalmaz (2011a), s. 971.

G. ÇOCUK HAKLARI SÖZLEŞMESİ

BMÖ'nün toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne yer veren bir başka insan hakları belgesi ise Çocuk Hakları Sözleşmesi'dir. Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS) (*Convention on the Rights of Child*²⁹¹), BM Genel Kurulunun 20.11.1989 tarih ve 44/25 sayılı kararıyla kabul edilerek imza, onay ve katılıma açılmış ve 02.09.1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁹². Türkiye ise bu Sözleşmeyi 14.09.1990 tarihinde imzalamıştır. Bu sözleşmenin düzenlendiği ve garanti altına aldığı çocuk hakları, genel olarak insan hakları kavramından ayrılamaz²⁹³.

ÇHS'nin 15. maddesi şu şekildedir²⁹⁴:

“1. Taraf Devletler, çocuğun örgütlenme özgürlüğü ve barışçıl biçimde toplanma özgürlüğü haklarını tanırlar.

2. Bu hakların kullanılmasına, yasaya/(hukuka) uygun olarak öngörülen ve ulusal güvenliğin ya da kamu emniyetinin, kamu düzeninin (“ordre public”) yararına olarak, (ya da) genel sağlık yahut ahlakın yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda gerekli bulunanlar dışında hiçbir kayıtlama getirilemez.”

Maddenin ilk fıkrasında, hakkın adı toplanma özgürlüğü hakkı olarak, hak öznesi ise çocuk şeklinde belirtilmiştir. Buna göre; taraf devletlerin, çocuğun barışçıl biçimde toplanma özgürlüğü hakkını tanıyacağı açıkça belirtilmiştir. Ayrıca barışçıl nitelik şartına, burada da vurgu yapılmıştır. Kimin çocuk olarak tanımlanacağı hususunda ise, ÇHS'nin 1. maddesinde gerekli açıklamayı görmek mümkündür. Bu maddede, 18 yaşından küçük her insanın çocuk sayıldığı ifade edilmiştir.

Daha önce yer verilen bazı ulusalüstü insan hakları belgelerinde olduğu gibi, burada da önce hakka yer verildikten sonra ilgili hakka yönelik koyulabilecek kayıtlamaların neler olduğu ifade edilmiştir. Buna göre; ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak, başkalarının hak ve özgürlükleri toplanma özgürlüğü hakkının sınırlama sebepleri olarak sayılmıştır. Ayrıca sınırlamaların yasaya/hukuka uygun olması gerektiği de belirtilerek demokratik bir toplumda gerekli bulunanlar dışında hiçbir kayıtlama getirilemeyeceği vurgulanmıştır.

291 Gemalmaz (2004b), s. 175-223.

292 Gemalmaz (2011b), s. 593.

293 Karaosmanoğlu, s. 161.

294 Gemalmaz (2011b), s. 603.

H. AFRİKA ÇOCUK HAKLARI VE ESENLİĞİ ŞARTI

ABÖ'nün üretmiş olduğu insan hakları belgelerinden toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne yer veren bir diğeri Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı'dır. Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı (Af.ÇHEŞ) (*African Charter on the Rights and Welfare of the Child*²⁹⁵), ABÖ Devlet ve Hükümet Başkanları Meclisinin Addis Abada/Etiyopya'da toplanan 26. Olağan Oturumunda 11/07/1990 tarihinde kabul edilmiş ve 29/11/1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁹⁶.

Af.ÇHEŞ'nin "Örgütlenme özgürlüğü" başlıklı 8. maddesi²⁹⁷ şu şekildedir²⁹⁸:

"Her çocuk, yasaya uygun olarak örgütlenme serbestisi ve barışçıl nitelikli toplanma özgürlüğü hakkına sahip olacaktır."

Hak öznesinin "her çocuk" olarak düzenlendiği bu Belgede, barışçıl nitelikli toplanma özgürlüğü hakkına işaret edilmiştir. BMÖ tarafından üretilmiş olan ÇHS'nin benzeri olarak, Af.ÇHEŞ'nde de, her çocuğun barışçıl nitelikli toplanma özgürlüğü hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmiştir. Burada da yine barışçıl nitelik şartının esas alındığı açıkça görülmektedir. Ayrıca barışçıl nitelikli toplanma özgürlüğü hakkının, ilgili yasada düzenlendiği şekliyle kullanılabileceği ifade edilmiştir. Tek bir cümle ile açıklanan barışçıl nitelikli toplanma özgürlüğü hakkı ile ilgili olarak herhangi bir sınırlama sebebine yer verilmediği de anlaşılmaktadır. Düzenleme her ne kadar kapsamlı ve detaylı olmasa da, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne burada yer verilmesi oldukça önemlidir.

I. ARAP İNSAN HAKLARI ŞARTI

İnsan hakları belgesi biçimlendirme çabaları sonucunda, ADB Konseyi'nin 102'nci oturumunda, 15.09.1994 tarihinde Karar No.5437 sayılı Karar ile bir "*Arap İnsan Hakları Şartı*²⁹⁹" (Arap İHŞ) kabul edilmişse de³⁰⁰ işbu belge

295 Shelton, s. 396-411.

296 Gemalmaz (2011a), s. 1035.

297 Shelton, s. 398.

298 Gemalmaz (2011a), s. 1040.

299 Shelton, s. 479.

300 Gemalmaz (2012b), s. 517.

henüz yürürlüğe girmemiştir³⁰¹. ADB tarafından Kahire’de kabul edilen Arap İHŞ; özgürlük, barış ve adaleti temel almaktadır³⁰². Bu Belge, ilan ettiği haklar bakımından, birinci ve ikinci kuşak hak ve özgürlükler yanında, kültürel ve dinsel alanda azınlıkların haklarını da tanıır³⁰³. Hazırlanan bu metin, üye devletler arasında sert tepkilere neden olduğundan³⁰⁴ kabul görmemiştir³⁰⁵.

Özellikle belirtmek gerekir ki; Arap İHŞ, 2004 yılında güncellenmiştir. Yani ADB tarafından daha sonra, gözden geçirilmiş Arap İHŞ kabul edilmiştir³⁰⁶. Mayıs 2004’te, ADB, Arap İHŞ’ni kabul etmiştir³⁰⁷. Şartın bu yeni versiyonu, 23.05.2004 tarihinde Tunus’ta, ADB Zirvesinde kabul edilmiş³⁰⁸ ve 15.03.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir³⁰⁹. Bölgesel insan hakları katalogunun ikinci revizyonu, daha başarılı olmuştur³¹⁰.

Arap İHŞ, hem ilk halinde hem de güncel halinde, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne değinmiştir. Bu bağlamda, Belgenin her iki haline de yer verilecektir. Fakat çalışma kapsamında yapılacak değerlendirmede, Şartın güncel hali dikkate alınacaktır.

1994 tarihli Arap İHŞ’nin 28. maddesi³¹¹ şu şekildedir³¹²:

“Tüm vatandaşlar, barışçıl toplanma ve örgütlenme özgürlüğü hakkına sahiptir. Ulusal güvenlik, kamu güvenliği veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ihtiyacı gereklerine göre gerekli olmadıkça bu hakkın kullanılmasına ilişkin sınırlama konulamaz.”

ADB tarafından yürütülen çalışmalar sonucunda ortaya çıkan 1994 tarihli Arap İHŞ’nin 28. maddesinde, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü ile örgütlenme özgürlüğü bir arada yer almıştır. Ayrıca, hak öznesinin “tüm vatandaşlar” olarak belirtilmesi, bu Belgeyi, diğerlerinden açıkça farklı kılmakta-

301 Ceylan, Ayhan (2003) “Arap İnsan Hakları Sözleşmesi” Çevirisi, e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 18; Şahin (2014), s. 124. Tam metin için bkz. <http://www.e-akademi.org/makaleler/aceylan-3.htm>, s.e.t. 16.05.2016.

302 Kaboğlu (2006), s. 254.

303 Kaboğlu (2006), s. 254.

304 Vitkauskaitė-Meurice, s. 166.

305 Aksar, s. 323.

306 Hohmann, Jessie (2013) The Right to Housing: Law, Concepts, Possibilities, Oxford, Hart Publishing, s. 91.

307 Mattar, s. 92.

308 Mattar, s. 93.

309 Mattar, s. 93; De Schutter, s. 33.

310 Vitkauskaitė-Meurice, s. 166.

311 Heyns, s. 396; Shelton, s. 483; University of Minesota, Human Rights Library: <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/arabhrcharter.html> (s.e.t. 24.05.2016)

312 İlgili maddenin Türkçe çevirisi, tarafımızca yapılmıştır.

dır. Oldukça genel ve yüzeysel ifadelerin yer aldığı maddede, özgürlüğe ilişkin olarak, sadece üç tane sınırlama sebebine yer verilmiştir. Diğer ulusalüstü insan hakları belgeleriyle karşılaştırıldığında, bu sayının az olduğu açıktır. Ayrıca maddede, herhangi bir sınırlama tekniğine ve sınırlamanın sınırına yer verilmemiştir.

Konu hakkındaki 2004 tarihli güncellenmiş Arap İHŞ'nin 24. maddesi³¹³ şu şekildedir³¹⁴:

“Tüm vatandaşlar şu haklara sahiptir:

...

6. Örgütlenme ve barışçıl toplanma özgürlüğü

7. Bu hakların kullanılmasına, ulusal güvenlik veya kamu emniyeti, genel sağlık veya ahlak ya da başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması dışında kanunla öngörülen ve bir demokratik toplumda gerekli olanlardan başka hiçbir sınırlama getirilmeyecektir.”

ADB tarafından güncellenen Arap İHŞ'nin 24. maddesinin AİHS'nin 11. maddesi ile çok benzer olduğu görülmektedir. Bu bağlamda; toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü ile örgütlenme özgürlüğü aynı maddede düzenlenmiştir. Burada tanınan hakkın adı, örgütlenme ve barışçıl toplanma özgürlüğü hakkıdır. Hakkın öznesi olarak ise, ilk halinde olduğu gibi, “vatandaşlar” gösterilmiştir. Ayrıca hakkın sınırlandırılmasına ilişkin gerekçeler de AİHS ile benzerlik göstermektedir. Güncellenen Arap İHŞ'na göre; toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü hakkında sayılan sınırlama sebepleri, ulusal güvenlik, kamu emniyeti, genel sağlık veya ahlak ya da başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Ayrıca sınırlama tekniği olarak kanun belirtilmiş ve sınırlamanın sınırı olarak da demokratik toplumun gerekleri işaret edilmiştir. Genel olarak düşünüldüğünde, güncellenen Arap İHŞ'nin, ilk haline göre daha detaylı ve kapsamlı düzenlemeler içerdiği açıktır.

J. EVRENSEL DÜZLEMDE TANINMIŞ İNSAN HAKLARININ VE TEMEL ÖZGÜRLÜKLERİN GELİŞTİRİLMESİ VE KORUNMASINDA BİREYLERİN, GRUPLARIN VE TOPLUM ORGANLARININ HAKKI VE SORUMLULUĞU BİLDİRİSİ

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne yer veren BMÖ'nün üretmiş

313 University of Minnesota, Human Rights Library: <https://www1.umn.edu/humanrts/institute/loas2005.html> (s.e.t. 24.05.2016)

314 İlgili maddenin Türkçe çevirisi, tarafımızca yapılmıştır. Dikkat edileceği üzere, metnin AİHS ile çok benzer olduğu görülmektedir.

olduğu insan hakları belgelerinden en güncel olanı, Evrensel Düzlemde Tanınmış İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Geliştirilmesi ve Korunmasında Bireylerin, Grupların ve Toplum Organlarının Hakkı ve Sorumluluğu Bildirisi'dir. Evrensel Düzlemde Tanınmış İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Geliştirilmesi ve Korunmasında Bireylerin, Grupların ve Toplum Organlarının Hakkı ve Sorumluluğu Bildirisi, (Hak ve Sorumluluk Bildirisi) (*Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms*), BM Genel Kurulunun 09.12.1998 tarih ve 53/144 sayılı kararıyla ilan edilmiştir³¹⁵.

Hak ve Sorumluluk Bildirisi'nin 5. maddesi şu şekildedir³¹⁶:

“İnsan haklarını ve temel özgürlükleri geliştirme ve koruma amacıyla, herkes, gerek bireysel olarak gerekse başkalarıyla bir araya gelerek, ulusal ve uluslararası düzlemde şu haklara sahiptir:

(a) Barışçıl biçimde toplanma yahut bir araya gelme hakkı;

(b) Hükümetler-dışı örgütler, dernekler/(örgütler) yahut gruplar kurma/(oluşturma), bunlara girme ve katılma hakkı;

(c) Hükümetler-arası yahut hükümetler-dışı örgütler ile iletişimde bulunma hakkı.”

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü hakkında önemli ve detaylı hükümler içermekte olan Hak ve Sorumluluk Bildirisi'nde, barışçıl biçimde toplanma yahut bir araya gelme hakkı olarak ifade edilen hakkın öznesi “herkes” olarak düzenlenmiştir. Buna göre; herkesin insan haklarını ve temel özgürlükleri geliştirme ve koruma amacıyla, gerek bireysel olarak gerekse başkalarıyla bir araya gelerek, ulusal ve uluslararası düzlemde barışçıl biçimde toplanma veya bir araya gelme hakkının olduğu açıkça belirtilmiştir. Toplanma veya bir araya gelme hakkının temel şartının barışçıl nitelik olarak ifade edildiği buradaki düzenlemede, belirtilen hakkın kullanım amacı ile şekline de yer verilmiştir.

Maddede, barışçıl biçimde toplanma yahut bir araya gelme hakkının hem bireysel olarak hem de başkalarıyla bir araya gelerek yapılabileceği, toplantının kişi unsuruna işaret etmektedir. Toplantı, kelime anlamından da anlaşılacağı gibi, birden çok sayıda kişinin bir araya gelmesini gerektirir³¹⁷. Fakat toplantının birden çok kişinin bir araya gelerek oluştuğu genel kabul görüyor olsa da bir toplantının en az kaç kişiden oluşacağı konusunda ortak bir görüş

315 Gemalmaz (2011b), s. 1121.

316 Gemalmaz (2011b), s. 1125-1126.

317 Atalay, s. 3

birliği bulunmamaktadır³¹⁸. Buna rağmen, Hak ve Sorumluluk Bildirisi'nde, bir kişinin bile barışıl biçimde toplanma yahut bir araya gelme hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır.

K. AFRİKA GENÇLİK ŞARTI

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü hakkında açıklamalara yer veren en güncel ulusalüstü insan hakları belgesi Afrika Gençlik Şartı'dır. Afrika Gençlik/(Gençler) Şartı (*African Youth Charter*), AB Meclisinin Banjul/Gambiyada toplanan Yedinci Olağan Oturumunda 02.07.2006 tarihinde kabul edilmiş ve 08.08.2009 tarihinde yürürlüğe girmiřtir³¹⁹. Bu belge, yine AB belgesi olan Af.ÇHEŞ'nı tamamlayan niteliktedir³²⁰. Afrika Gençlik Şartı, gerek başlığından gerekse içerdii hükümlerden anlaşılacağı gibi, "gençlerin hakları" üzerinde odaklaşması yönüyle, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda hem uluslararası hem de bölgesel düzlemde üretilen belgeler arasında özel ve özgün bir yere sahiptir³²¹.

Afrika Gençlik Şartı'nın "Örgütlenme özgürlüğü" başlıklı 5. maddesi şu řekildedir³²²:

"1. Her genç kişi, yasaya uygun olarak, örgütlenme özgürlüğü ve barışıl nitelikli toplanma özgürlüğü hakkına sahip olacaktır.

2. Genç kişiler bir örgüte girmeye zorlanmayacaktır/(mecbur edilmeyecektir)."

Afrika Gençlik Şartı'nda yer alan düzenlemede, barışıl nitelikli toplanma özgürlüğü hakkının öznesi olarak "her genç kişi" gösterilmiştir. Kimlerin genç olarak nitelendirileceği hususunda Şartta gerekli açıklamalar bulunmaktadır. Belgede yapılan tanıma göre; bu Şartın amaçları bakımından *gençlik/gençler (youth)* yahut *genç insanlar (young people)* terimleri, 15 ila 35 yaşları arasındaki her insana gönderme yapar³²³. İşte 5. maddede, gençlerin de barışıl nitelikli toplanma özgürlüğü hakkına sahip olduğu açıkça vurgulanmıştır. Yine dikkat edileceği üzere; barışıl nitelik temel şartına burada da yer verilmiştir. Ayrıca barışıl nitelikli toplanma özgürlüğü hakkının kullanımında, ilgili yasal düzenlemeler doğrultusunda hareket edilmesi gerektiği de ifade edilmiştir.

318 Akın, s. 546; Yarsuvat, s. 29; Atalay, s. 4; İşgören, s. 59.

319 Gemalmaz (2011a), s. 1101.

320 Gemalmaz (2011a), s. 1101.

321 Gemalmaz (2011a), s. 1101.

322 Gemalmaz (2011a), s. 1107.

323 Gemalmaz (2011a), s. 1106.

III. KARŞILAŞTIRMA VE DEĞERLENDİRME

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, çalışmada değinilen on bir ulusüstü insan hakları belgesinin yedi tanesinde (EİHB, AİHS, ÇHS, Af.ÇHEŞ, Arap İHŞ, Hak ve Sorumluluk Bildirisi ve Afrika Gençlik Şartı), aralarındaki yakın ilişkiden dolayı, örgütlenme özgürlüğü ile birlikte aynı maddede düzenlenmiştir. Nitekim kitlesel bir şekilde kullanıldığında, daha fazla etkiye sahip olabilecek toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün örgütlenme özgürlüğü ile birlikte düzenlenmesi gayet anlaşılabilir niteliktedir. Diğer dört ulusüstü insan hakları belgesinde ise (Ame.İHÖB, MSHS, Ame.İHS ve Af.İHHŞ) toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, ayrı bir madde olarak yani tek başına düzenlenmiştir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün kullanımında belirtilen hak özneleri, yer verilen insan hakları belgelerinde farklılık göstermektedir. Buna göre; en çok tercih edilen hak öznesi “herkes” (EİHB, Hak ve Sorumluluk Bildirisi) ve “her kişi” (Ame.İHÖB, AİHS) olarak düzenlenmiştir. Ayrıca “her birey” (Af.İHHŞ), “çocuk” (ÇHS), “her çocuk” (Af.ÇHEŞ), “her genç kişi” (Afrika Gençlik Şartı) ve “vatandaşlar” (Arap İHŞ) tercih edilen diğer hak özneleridir. İki Belgede ise, (MSHS, Ame.İHS) hak öznesine yer verilmediği görülmektedir.

Bazı kişilerin toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünden yararlanmasında devletlerin takdir yetkisi bulunduğu, sadece AİHS’de ifade edilmektedir. Buna göre; AİHS’nin 11. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemede, *toplantı ve örgütlenme özgürlüğü haklarının silahlı kuvvetler, polis örgütü ya da Devlet idaresi mensupları tarafından kullanılmasına yasaya/ (hukuka) uygun kayıtlamalar getirilmesinin engellemeyeceği*, hükmü yer almaktadır. Diğer belgelerde ise bu türden bir düzenlemeye gidilmemiştir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, niteliği itibariyle mutlak bir hak olarak değil, sınırlandırılabilen bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hususla ilgili olarak; değinilen insan hakları belgelerinden altısında (AİHS, MSHS, Ame.İHS, Af.İHHŞ, ÇHS ve Arap İHŞ) bazı sınırlama sebeplerine yer verilirken, diğer beşinde (Ame.İHÖB, EİHB, Af.ÇHEŞ, Hak ve Sorumluluk Bildirisi, Afrika Gençlik Şartı) böyle bir düzenlemeye gidilmemiştir.

Belirtilen sınırlama sebeplerinin başında, ulusal güvenlik (AİHS, MSHS, Ame.İHS, Af.İHHŞ, ÇHS ve Arap İHŞ) ile başkalarının hakları ve özgürlükleri (AİHS, MSHS, Ame.İHS, Af.İHHŞ, ÇHS ve Arap İHŞ) gelmektedir. Bu iki sınırlama sebebi, altı belgede de kendini göstermektedir.

Belirtilen iki sınırlama sebebinin dışında, yer verilen diğer sınırlama

sebepleri, kamu emniyeti/güvenliği (AİHS, MSHS, Ame.İHS, ÇHS ve Arap İHŞ); genel ahlak (MSHS, Ame.İHS, ÇHS, Arap İHŞ); genel sağlık (Ame.İHS, ÇHS, Arap İHŞ); kamu düzeni (MSHS, Ame.İHS, ÇHS); ahlak (AİHS, Af.İHHŞ); sağlık (AİHS, Af.İHHŞ); kamu sağlığı (MSHS); düzensizliğin önlenmesi (AİHS); suçun/suç işlenmesinin önlenmesi (AİHS); emniyet (Af.İHHŞ) sebeplerine yer verilmiştir. Bu durumda, toplam on iki kategorinin bulunduğu görülmektedir

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü hakkında sınırlama sebeplerine yer veren toplam altı Belgeden birisi olan AİHS, yedi; Ame.İHS, ÇHS ve MSHS, altı; Af.İHHŞ ve Arap İHŞ ise beş tane sınırlandırma sebebine yer vermiştir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü doğrultusunda; AİHS'nin diğer belgelere nazaran daha sınırlandırıcı nitelikte olduğu değerlendirilebilir.

Sınırlamanın tekniği bağlamında “yasa/kanun” (AİHS, MSHS, Ame.İHS, Af.İHHŞ, ÇHS, Arap İHŞ) ile sınırlandırılacak olan toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü hakkında, sınırlamanın sınırı olarak “demokratik toplumun gereklerine uygunluk” (AİHS, MSHS, Ame.İHS, ÇHS, Arap İHŞ) ölçütü kabul edilmiştir. Bunların dışında herhangi bir sınırlama tekniğine veya sınırlamanın sınırına yer verilmemiştir.

Yukarıda açıklanan bilgileri, şu tablolarla ifade edebilmek mümkündür:

Tablo 1: Maddelerin Düzenlenme Şekline Göre Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğüne Yer Veren Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri

	BELGE	TARİH	BAŞLIK / İSİM	MADDE	HAK ÖZNESİ
1	<i>Ame.İHÖB</i>	02.05.1948	Toplanma hakkı / Barışçıl nitelikli toplanma hakkı	21. madde	Her kişi
2	<i>EİHB</i>	10.12.1948	- / Barışçıl nitelikli toplanma özgürlüğü	20. madde	Herkes
3	<i>AİHS</i>	04.11.1950	Toplanma ve örgütlenme özgürlüğü / Barışçıl nitelikli toplanma özgürlüğü hakkı	11. madde	Her kişi
4	<i>MSHS</i>	16.12.1966	- / Barışçıl nitelikte toplanma/(toplantı) hakkı	21. madde	-

5	<i>Ame.İHS</i>	22.11.1969	Toplanma hakkı / Barışçıl toplanma hakkı	15. madde	-
6	<i>Af.İHHŞ</i>	27.06.1981	- / Toplanma/(toplama özgürlüğü) hakkı	11. madde	Her birey
7	ÇHS	20.11.1989	- / Barışçıl biçimde toplanma özgürlüğü hakkı	15. madde	Çocuk
8	<i>Af.ÇHEŞ</i>	11.07.1990	Örgütlenme özgürlüğü / Barışçıl nitelikli toplanma özgürlüğü hakkı	8. madde	Her çocuk
9	<i>Hak ve Sorumluluk Bildirisi</i>	09.12.1998	- / Barışçıl biçimde toplanma yahut bir araya gelme hakkı	5. madde	Herkes
10	<i>Arap İHŞ</i>	23.05.2004	- / Örgütlenme ve barışçıl toplanma özgürlüğü hakkı	24. madde	Vatandaşlar
11	<i>Afrika Gençlik Şartı</i>	02.07.2006	Örgütlenme özgürlüğü / Barışçıl nitelikli toplanma özgürlüğü hakkı	5. madde	Her genç kişi

Tablo 2: Sınırlama Sebeplerine Göre Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğüne Yer Veren Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri

	BELGE	SINIRLAMA SEBEPLERİ	SINIRLAMA TEKNİĞİ	SINIRLAMANIN SINIRI
1	<i>Ame.İHÖB</i>	-	-	-
2	<i>EİHB</i>	-	-	-
3	<i>AİHS</i>	-Ulusal güvenlik -Kamu emniyeti yararı -Düzensizliğin önlenmesi -Suçun/(suç işlenmesinin) önlenmesi -Sağlığın korunması -Ahlakın korunması -Başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması	Kanun	Demokratik toplumun gerekleri

4	MSHS	-Ulusal güvenlik -Kamu emniyeti -Kamu düzeni yararı -Kamu sağlığını korumak -Genel ahlaki korumak -Başkalarının haklarını ve özgürlüklerini korumak	Kanun	Demokratik toplumun gerekleri
5	Ame.İHS	-Ulusal güvenlik -Kamu emniyeti -Kamu düzeni yararı -Genel sağlığın korunması -Ahlakın korunması -Başkalarının haklarının veya özgürlüklerinin korunması	Kanun	Demokratik toplumun gerekleri
6	Af.İHHŞ	-Ulusal güvenliğin yararı -Emniyetin yararı -Sağlığın yararı -Ahlakın yararı -Başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin yararı	Kanun	-
7	ÇHS	-Ulusal güvenliğin yararı -Kamu emniyetinin yararı -Kamu düzeninin yararı -Genel sağlığın korunması -Ahlakın korunması -Başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması	Kanun	Demokratik toplumun gerekleri
8	Af.ÇHEŞ	-	-	-
10	Hak ve Sorumluluk Bildirisi	-	-	-
9	Arap İHŞ	-Ulusal güvenlik -Kamu emniyeti -Genel sağlık -Genel ahlak -Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması	Kanun	Demokratik toplumun gerekleri
11	Afrika Gençlik Şartı	-	-	-

SONUÇ

İnsanın insanlığının ve insan olmasının getirdiği ve gerektirdiği haklar olan insan haklarının devletler tarafından tanınmasının yanında etkili ve güvenceli bir şekilde koruma altına alınması da çok önemlidir. Bu bağlamda, devletler, insanlara insanlıklarının ve insan onurunun değerini gösteren insan haklarını koruyarak bu koruyucu rolünü ihmal etmemelidir.

İnsan haklarının korunması ve hak ihlallerinin önlenmesi adına önemli adımlar atılmış olmasına rağmen, günümüzde, hala insan hakları ihlalleri gerçekleşmektedir. Bu ihlalleri önlemek ve yaşanabilecek olumsuzlukların önüne geçebilmek adına gerek bölgesel ve gerekse uluslararası düzlemde birçok örgüt faaliyet göstermektedir. Bu ekseninde çalışmaları olan örgütler, birçok önemli insan hakları belgesi de üreterek etkili çalışmalara imza atmıştır.

Sosyal olması yönüyle öne çıkan ve düşündüklerini başkalarına da aktarma isteği içerisinde bulunan insanlar, sahip oldukları görüşleri etkili bir şekilde ifade etmek amacıyla, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne ihtiyaç duymaktadır. İşte bu anlamda öne çıkan toplantı ve gösteri yürüyüşleri, insanların sahip oldukları düşüncelerin dışarıya aktarılmasında önemli bir rol oynamaktadır. Toplantı ve gösteri yürüyüşleri aracılığıyla ifade edilen düşünceler, kimi zaman toplumun geneli tarafından kabul görmeyebilir veya diğer insanları rahatsız edebilir. Fakat demokrasinin ve insan haklarının bir gereği olarak, şiddete yer vermeyen ve şiddeti teşvik etmeyen düşüncelerin de ifade edilebilmesi ve bunlara karşı hoşgörülü yaklaşmak oldukça önemlidir. Çünkü başka düşüncelere de tahammül gösterebilmek, demokrasi ve insan hakları adına bir erdem niteliğindedir.

Çalışma kapsamında; BMÖ, ADÖ, ABÖ, AKÖ ve ADB tarafından üretilen insan hakları belgeleri arasından, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne yer veren on tanesi seçilmiş ve karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne, birçok insan hakları belgesinde yer verilmesi, oldukça önemlidir. Bu doğrultuda, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne değinen ilk ulusalüstü insan hakları belgesinin ADÖ tarafından üretilen Ame. İHÖB olduğu görülmüştür. Bu Belgede, belirtilen özgürlük hakkında sadece yüzeysel bir açıklamada bulunulsa da, Belgenin konuya yer verilmesi anlamında bir ilk olması önemlidir. Bu Belgeden sonra, fazla zaman geçmeden, BMÖ tarafından üretilen EİHB'de de toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü hakkında yine yüzeysel açıklamalarda bulunulmuştur.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün detaylı, kapsamlı ve güven-
celi bir şekilde yer aldığı ilk Belge ise AKÖ tarafından üretilmiş olan AİHS'dir.
AİHS'nin 11. maddesinde, örgütlenme özgürlüğü ile birlikte güvence altına
alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü hakkında detaylı açıklamalara
yer verilmiştir.

Sınırlandırılabilir bir özgürlük olan toplantı ve gösteri yürüyüşü öz-
gürlüğü hakkında, birçok farklı ölçüt oluşturularak kayıtlamalara gidilmiştir.
Bu anlamda, AİHS, yedi farklı sınırlandırma ölçütü kullanarak en fazla sınır-
landırma ölçütüne yer veren belge olarak ilk sırada yer almaktadır. Her ne
kadar bu durum, özgürlüğün aşırı kısıtlanması düşüncesini akla getirirse de,
AİHS'nin insan hakları anlamındaki etkin ve dinamik özellikleri ve önemi el-
bette ki yadsınmaz. Ayrıca belirtilen belgeler arasında, en sistematik ve kap-
samlı olan belgenin AİHS olduğu söylenebilir. Ayrıca Af.İHHŞ ve Arap İHŞ ise
toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü hakkında sadece beş farklı sınırlandır-
ma ölçütüne yer vermiştir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne getirilen sınırlandırmalar
bağlamında; yer verilen belgelerde öne çıkan sınırlandırma tekniği, ortak ola-
rak, "kanun" şeklinde belirtilmiştir. Ayrıca sınırlandırmanın sınırı olarak da
yine ortak bir şekilde, demokratik toplumun gerekleri belirtilmiştir. Sınırla-
maların ancak kanunla yapılabilmesi ve sınırlamanın sınırlarının demokratik
toplum düzeninin gerekleri olarak kabul edilmesi oldukça önemlidir. Bu doğ-
rultuda, özgürlüğe etkili bir güvence getirilmektedir. Çünkü devletler tarafın-
dan getirilecek sınırlamalara, bu yollar aracılığıyla sınırlar çizilmektedir.

KAYNAKÇA

Acer, Yücel & Kaya, İbrahim (2010) Uluslararası Hukuk: Temel Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara, Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu (USAK) Yayınları.

Akbulut, Olgun (2013) “Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri”, Sibel İnceoğlu (Ed.), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 3. Baskı içinde (s. 381-423), İstanbul, Beta Yayınları.

Akın, İlhan F. (1964) “Toplanma Özgürlüğü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), C. 30, S. 3-4, s. 545-567.

Akıllıoğlu, Tekin (1995) İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (AÜSBF) İnsan Hakları Merkezi Yayınları.

Aksar, Yusuf (2015) Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk -II-, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Alpkaya, Gökçen (2001) “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD), C. 56, S. 3, s. 1-18.

Anayurt, Ömer (1998) Toplanma Hürriyeti Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti, İstanbul, Kazancı Yayınları.

Arıcan, Mehmet (2009) “Güvenlik Güçlerinin Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü: Uluslararası Hukuk ve Ülkemizdeki Uygulama”, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, C. 5, S. 19, s. 39-69.

Arık, Fikret (1960) “İnsan Haklarının Milletlerarası Korunması (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde)” Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD), C. 15, S. 4, s. 113-150.

Arslan, Zühtü (2005) Anayasa Teorisi, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Atalay, Esra (1995) Türkiyede Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi (DEÜHF) Yayınları.

Aziz, Aysel (1971) “İnsan Hak ve Ana Özgürlüklerinin Avrupa Konseyi Çerçevesinde Korunması”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD), C. 26, S. 1, s. 245-271.

Brems, Eva (2001) *Human Rights: Universality and Diversity*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.

Bozkurt, Enver (2003) *İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım.

Bozkurt, Enver (2006) *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Asil Yayın Dağıtım.

Bozkurt, Enver (2011) *İnsan Hakları Temel Metinler*, 2. Baskı, Ankara, Asil Yayın Dağıtım.

Ceylan, Ayhan (2003) "Arap İnsan Hakları Sözleşmesi" Çevirisi, e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 18.

Civelek, Jale (1992) "Evrensel Düzeyde Haklara Genel Bir Bakış", *Argumentum Aylık Hukuk Dergisi*, S. 25, s. 381-389.

Clayton, Richard & Tomlinson, Hugh (2009) *The Law of Human Rights*, Volume II, 2nd Edition: Oxford, Oxford University Press.

Crawshaw, Ralph & Holmström, Leif (2008) *Essential Texts on Human Rights for the Police: A Compilation of International Instruments*, 2nd Revised Edition, Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

Davis, Howard (2009) *Human Rights Law: Directions*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press.

De Schutter, Olivier (2014) *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*, 2nd Edition, Cambridge, Cambridge University Press.

Doğan, İlyas (2005) "BM'nin Kuruluş Aşamasında Barışı ve İnsan Haklarını Korumaya Yönelik Belgeler Işığında Güncel Bir Saptama", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, s. 55-76.

Doğru, Osman (2006) "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü", *Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi*, S. 64, s. 39-69.

Doğru, Osman & Nalbant Atilla (2013) *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar*: 2. Cilt, İstanbul, Legal Yayıncılık.

Donnelly, Jack (1995) *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, (Çev: Mustafa Erdoğan ve Levent Korkut), Ankara, Yetkin Yayınları.

Döner, Ayhan (2003) İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Döner, Ayhan & Köküsarı, İsmail (2008) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Anayasa Mahkemesi Kararları Bakımından Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olup Olmayacağı Sorunu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), C. 12, S. 1-2, s. 663-686.

Eren, Abdurrahman (2007) Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması: Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları.

Eren, Abdurrahman (2012) Ulusal İnsan Hakları Kurumları: Uluslararası Standartlara Uygunluğun Yorum İlkeleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Ergül, Ergin (2014) “Yeni Bir Uluslararası İnsan Hakları Mekanizması: İİT Bağımsız Daimi İnsan Hakları Komisyonu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), S. 19, s. 491-516.

Eryılmaz, Mesut Bedri & Seyhan, Kazım (2007) “Türk ve İngiliz Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı”, Türk İdare Dergisi (TİD), S. 455, s. 45-79.

Fendoğlu, Hasan Tahsin (2016) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), S. 25, s. 1-19.

Gemalmaz, Mehmet Semih (1987a) “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı Üzerine Düşünceler”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S. 2, s. 131-145.

Gemalmaz, Mehmet Semih (1987b) “Arap Ortadoğusuna İnsan Hakları Uygulamaları Açısından Bakış”, İnsan Hakları Yıllığı, C. 9, s. 193-220.

Gemalmaz, Mehmet Semih (2002) Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Ulusalüstü Belgeler (Bölgesel Sistemler), İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları.

Gemalmaz, Mehmet Semih (2003) İnsan Hakları Belgeleri: Cilt III, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi.

Gemalmaz, Mehmet Semih (2004a) İnsan Hakları Belgeleri: Cilt IV, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi.

Gemalmaz, Mehmet Semih (2004b) İnsan Hakları Belgeleri: Cilt V, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi.

Gemalmaz, Mehmet Semih (2006a) Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı: 1. Kitap (Açıklamalı - Karşılaştırmalı) Birleşmiş Milletler Belgeleri, İstanbul, Legal Yayıncılık.

Gemalmaz, Mehmet Semih (2006b) Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı: 2. Kitap - Avrupa Konseyi Belgeleri & Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kuralları Şerhi, İstanbul, Legal Yayıncılık.

Gemalmaz, Mehmet Semih (2011a) Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri I. Cilt Bölgesel Sistemler, 2. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık.

Gemalmaz, Mehmet Semih (2011b) Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri II. Cilt Uluslararası Sistemler, 2. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık.

Gemalmaz, Mehmet Semih (2012a) Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 1, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık.

Gemalmaz, Mehmet Semih (2012b) Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 2, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık.

Ghosh, Soumya K. (1993) Freedom of Speech and Assembly and Public Order, New Delhi, Ashis Publishing House.

Gönen, Yakup (2011) “İnsan Haklarının Korunma Yöntemi Olarak Sivil İtaatsizlik”, e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 116, s. 16.

Gözlügöl, Said Vakkas (2002) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuza Etkisi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Gözlügöl, Said Vakkas & Poyraz, Yasin (2015) “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında 15 ve 16 Nolu Ek Protokollerle Öngörülen Reform”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), S. 20, s. 59-86.

Gözübüyük, A. Şeref & Gölcüklü, Feyyaz (2013) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 10. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları.

Gülmez, Mesut (2004) Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

Hammarberg, Thomas (2012) *Avrupa'da İnsan Hakları*, (Çev: Ayşen Ekmekci), İstanbul, İletişim Yayıncılık.

Heyns, Christof (2002) *Human Rights Law in Africa 1999*, Human Rights Law in Africa Series, The Hague: Kluwer Law International.

Hohmann, Jessie (2013) *The Right to Housing: Law, Concepts, Possibilities*, Oxford, Hart Publishing.

İşgören, Ali (2011) *Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Janis, Mark W. & Richard, S. Kay & Anthony, W. Bradley (2008) *European Human Rights Law: Text and Materials*, 3rd Edition, Oxford, Oxford University Press.

Kaboğlu, İbrahim Özden (1989) *Kolektif Özgürlükler*, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi (DÜHF) Yayınları.

Kaboğlu, İbrahim Özden (1999) *Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, Güncelleştirilmiş 5. Baskı*, İstanbul, AFA Yayınları.

Kaboğlu, İbrahim Özden (2006) *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 3. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık.

Kapani, Münci (2013) *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı (Tıpkı Basım), Ankara, Yetkin Yayınları.

Karaosmanoğlu, Fatih (2012) *İnsan Hakları, Güncellenmiş 2. Baskı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Kuçuradi, İoanna (1996) *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları.

Kuçuradi, İoanna (2009) *Uludağ Konuşmaları: Özgürlük, Ahlâk, Kültür Kavramları*, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları.

Kuçuradi, İoanna (2011) *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları*, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları.

Mattar, Mohamed Y. (2013) "Article 43 of the Arab Charter on Human Rights: Reconciling National, Regional, and International Standards", *Harvard Human Rights Journal*, C. 26, S. 1, s. 91-147.

Mowbray, Alastair (2007) *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press.

Ökçesiz, Hayrettin (1996) *Sivil İtaatsızlık*, 2. Baskı, İstanbul, AFA Yayınları, s. 130.

Özdek, Yasemin (2004) *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, Ankara, TODAİE Yayınları.

Özek, Çetin (2002) “İnsan Hakları Kavramında Yeni Anlayış ve Sınırlamalar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFMD)*, C. 60, S. 1-2, s. 135-160.

Özenç, Berke (2015) “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekân Yasakları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFMD)*, C. 74, S. 2, s. 87-133.

Rehman, Javid (2003) *International Human Rights Law: A Practical Approach*, London: Longman Publishing.

Reisoğlu, Safa (2001) *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, İstanbul, Beta Basım Yayım.

Salát, Orsolya (2015) *The Right to Freedom of Assembly: A Comparative Study*, Oxford, Bloomsbury Publishing.

Salihpaşaoğlu, Yaşar (2009) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD)*, C. 13, S. 1-2, s. 253-281.

Shelton, Dinah L. (2008) *Regional Protection of Human Rights: Documentary Supplements*, Oxford, Oxford University Press.

Stone, Richard (2008) *Textbook on Civil Liberties and Human Rights*, 7th Edition, Oxford, Oxford University Press.

Sunay, Reyhan (2001) *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu.

Şahbaz, İbrahim (2004) “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, *Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi*, S. 54, s. 178-216.

Şahin, Adil (2009) “İnsan Hakları Hukukunda Siyasal Parti Özgürlüğü ya da AİHM’nin 30 Haziran 2009 Tarihli “Batasuna Kararı”nı Yeniden Düşünmek”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD)*, C. 65, S. 1, s. 135-174.

Şahin, Adil (2010) “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜ-HFD), C. 59, S. 4, s. 711-766.

Şahin, Adil (2014) Batı’lı Anlamda Özgürlük Versus İktidar, Trabzon, Celepler Matbaacılık.

Şirin, Tolga (2013) 30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı (Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Işığında), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Tanör, Bülent (1994) Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Genişletilmiş Yenilenmiş 3. Baskı, İstanbul, BDS Yayınları.

Tanyar, Ziya Çağa (2011) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), C. 60, S. 3, s. 593-634.

Tepe, Harun (2010) “İnsan hakları: Kavram, Kapsam ve Ölçüt”, Selda Çağlar (Ed.), (Felsefe, Hukuk, Çalışma Ekonomisi, Kentleşme ve Çevre, Maliye) Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, 1. Baskı içinde, İstanbul, Beta Yayınları.

Tezcan, Durmuş & Erdem, Mustafa Ruhan & Sancakdar, Oğuz & Önok, Rifat Murat (2011) İnsan Hakları El Kitabı, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.

Turhan, Mehmet (2002) “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD), C. 52, S. 3, s. 129-150.

Ünal, Şeref (1994) “Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması”, Anayasa Yargısı Dergisi, S. 11, s. 39-60.

Viljoen, Frans (2012) International Human Rights Law in Africa, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press.

Vitkauskaite-Meurice, Dalia (2010) “The Arab Charter on Human Rights: The Naissance of New Regional Human Rights System or a Challenge to the Universality of Human Rights?”, Jurisprudence, C. 119, S. 1, s. 165-180.

Yanık, Murat (2008) “1982 Anayasası’nın İnsan Hakları Anlayışının Uluslararası Belgeler ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), C. 2, S. 1-2, s. 1133-1161.

Yarsuvat, Duygun (1968) Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İÜHF) Yayınları.

Yıldız, Mustafa (1999) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İşlevsel Konumu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), Selâhattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan Özel Sayısı, C. 11, S. 1-3, s. 679-728.

İSLAM VE OSMANLI YARGILAMA HUKUKU'NDA ESAB-I MÜCİBE

Arş. Gör. Koroğlu KAYA*

“Bir mesele hakkında hükmettikten sonra hük-
münün yanlış olduğu anlaşılırsa hakka rücû et. Hakka
irca bâtilda ısrardan hayırlıdır.”

Hz. Ömer (ra)

ÖZET

Adil bir yargılama ve hüküm, verilen kararın delillerle temellendirilmesini yani gerekçelendirilmesini gerekli kılar. Gerekçe, analitik bir düşünme ve diyalektik bir muhakeme faaliyetinin ürünüdür. İslam ve Osmanlı hukukundaki hâkim ve mahkeme kararlarında gerekçe adı altında ayrı bir bölüm bulunmamaktadır. Bu durum, İslam ve Osmanlı yargılama hukukunda hükmün gerekçelendirilmesine gereken önemin verilmediği anlamına gelmez. Aksine gerekçe, gerek İslam hukuku pratiğinde gerekse Osmanlı hâkim (kadı) ve mahkeme kararlarında unsurları ve fonksiyonları itibariyle yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Osmanlı Hukuku, Delil, Mantık, Hüküm, Esbab-ı Mûcibe (Gerekçe), Temyiz.

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, kkaya@ybu.edu.tr

DIE URTEILSBEGRÜNDUNG IM ISLAMISCHEN UND OSMANISCHEN VERFAHRENSRECHT

ABRISS

Ein gerechtes Verfahren und gerechter Beschluss erfordern, dass das gefällte Urteil anhand von Beweismitteln und Rechtsfindung zu begründen ist. Die Urteilsbegründung ist das Ergebnis einer Tätigkeit, die eine analytische Erwägung und dialektische Folgerung umfasst. In der richterlichen und gerichtlichen Urteilsformel des islamischen und osmanischen Rechts gibt es keinen gesonderten Teil, der als Urteilsgrund bezeichnet wird. Das bedeutet allerdings nicht, dass im islamischen und osmanischen Verfahrensrecht dem Urteilsgrund die gebührende Bedeutung nicht beigemessen wird. Im Gegenteil dazu liegt sowohl in der islamischen Rechtspraxis als auch in der Kadi- (der Richter im islamischen Recht) bzw. osmanischen Rechtsprechung die Urteilsbegründung in puncto ihrer Merkmale und Funktionen vor.

Stichwörter: Islamisches Recht, Osmanisches Recht, Urteilsbegründung, Beweismittel, Logik, Urteil, Revision.

GİRİŞ

Hukukun bir tezahürü olarak ortaya çıkan ve gerektiğinde insanlar arasında hukuku uygulamakla görevli bir otorite olan hâkim veya mahkeme, hukuk sistemleri için olmazsa olmazdır. Zira hukuk kurallarını tatbik ve uyumsuzlukları çözüme kavuşturarak hakkı hak sahibine teslim etme işlevini yerine getiren bir otorite (merci) olan hâkim veya mahkemeler olmaksızın hukukun tek başına kayda değer bir anlam ifade etmeyeceği şüpheden uzaktır¹. Mevcudiyeti hukuk sistemi ve toplumsal düzenin tesisi açısından ehemmiyet arz eden mahkemelerin verdiği ve/veya vereceği kararların ehemmiyet derecesi izahtan varestedir.

Mahkeme kararlarının en hayati unsurlarından birisi, belki de en önemlisi, kararın esbab-ı mücibesidir. Sözlük anlamı itibariyle bir şeyi gerektiren sebepler anlamına gelen esbab-ı mücibe, ıstılahi bağlamda bir hâkim veya mahkeme tarafından verilen kararın gerekçesini ifade eder². Çalışmanın başlıklandırılmasında gerek konunun muhteviyatı bakımından daha isabetli olması gerekse Tanzimat döneminde yapılan kanuni düzenlemelerde doğrudan geçiyor olması dolayısıyla “esbab-ı mücibe” ifadesi kullanılmıştır. Bununla birlikte metin kısmında ise akıcılığı sağlamak adına “esbab-ı mücibe” ile aynı anlama gelen “gerekçe” kavramı tercih edilmiştir.

Bu çalışmada esbab-ı mücibe (gerekçe), İslam ve Osmanlı hukuku bağlamında incelenmektedir. Başta da ifade edildiği üzere, İslam ve Osmanlı mahkeme kararlarında gerekçe adı altında ayrı bir bölüm bulunmadığından çalışmamızda gerekçenin mahiyeti ve unsurları üzerinden konuya ışık tutulmaya çalışılmaktadır. Bu çerçevede ilk olarak gerekçenin unsurlarından birisi olan, hükmün delillerle temellendirilmesi ele alınmaktadır. Takip eden bölümde esbab-ı mücibe – mantık ilişkisi üzerinde durulduktan sonra son bölümde esbab-ı mücibenin sağlıklı bir yargısal denetimin yapılması çerçevesindeki işlevi (gerekçe – temyiz ilişkisi) üzerinde durulduktan sonra nihayetinde şu sorulara cevap aranmaktadır: İslam hukuku pratiğinde ve Osmanlı mahkeme kararlarında gerekçe var mıdır? Gerekçenin İslam ve Osmanlı hukuku bağlamındaki yeri ve önemi nedir?

1 Ekinci, Ekrem Buğra (2004) Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri, 1. Basım, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, s.15-16.

2 Yılmaz, Ejder (2005) Hukuk Sözlüğü, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, s.341.

I. ESBAB-I MÜCİBE VE HÜKMÜN DELİLLER ÜZERİNE BİNA EDİLMESİ

İslam dininde yargı (yargılama) görevi, en faziletli işlerden birisi olarak kabul edilmiştir. Yargı(lama) görevinin ehemmiyeti Hz. Peygamber'e (asm) çeşitli ayetlerle hatırlatılmış ve ayrıca kendisinden önce gelen peygamberlere de yargılama görevinin verildiği Kur'an-ı Kerim'de şöyle ifade edilmiştir: “*Ey Davud! Biz seni yeryüzünde halife kıldık, o halde **insanlar arasında hak ile (adaletle) hükmet***”³. İslam hukukçularına göre, ilk peygamberden son peygambere kadar Allah'ın kendisine yargı(lama) görevi vermediği hiçbir peygamber yoktur. Bu nebevi görevin fazilet ve ehemmiyetini göstermek için Peygamber Efendimiz (asm) bir hadis-i şerifinde şöyle buyurmuştur: “*Bir an adaletle hükmetmek altmış yıllık nafile ibadetten daha hayırlıdır*”⁴.

Yargılama neticesinde verilen bir kararın adil olması (adaletle hükmedilmesi), her şeyden önce kararın delillerle temellendirilmiş yani gerekçelendirilmiş olmasını icap ve iktiza eder. İslam ve Osmanlı hukukundaki hâkim veya mahkeme kararlarında gerekçe (esbab-ı mucibe) adı altında ayrı bir bölüm yoktur. Bununla birlikte, gerek İslam hukuku pratiği gerekse Osmanlı mahkemelerinin kararları incelendiğinde kararların hukuki temellendirmesine büyük bir önem atfedildiği ve karar metninde gerekçe adıyla ayrı bir bölüm yer almasa bile gerekçeyi unsurları ve işlevi itibarıyla içeren bir yapı arz ettiği görülmektedir⁵.

Kavramsal çerçevede gerekçe, belirli bir önermeyi ispatlamaya veya çürütmeye yönelik bir akıl yürütme ya da bir tezin dayanak noktası olmak üzere ona karşı ileri sürülen bir akıl yürütmedir. Gerekçe, gerçeği gerçek olmayan ve haklıyı haksızdan ayırt etmeye yarayan bir temellendirme süreci veya delilleri (beyyine⁶) sunma sanatı olarak da ifade edilebilir⁷. Bir mahkeme ka-

3 Sâd Suresi, Ayet: 28.

4 Yıldırım, Şahban (2012) “İslam Hukukunda Yargıç Etiği”, e-Şarkiyat İlmi Araştırmalar Dergisi, Sayı: VIII, s.33-50, s.36, Naklen: İsmail bin Muhammed el-Aclûni, Keşfu'l-Hafâ Müzilü'l İlbâs, Cilt: II, Dâru'l Kutubi'l İlmîyye, Beyrût, 1998, s.438.

5 Yerdelen, Erdal (2015) Ceza Muhakemesinde Hükümün Gerekçesi, Ankara, Adalet Yayınevi, s.143.

6 Beyyine, *kuvvetli delil* veya *açık delil* anlamlarına gelir (Beroje, Sahip (2007), Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından İslam İspat Hukuku, Ankara, Fecr Yayınları, s.31-33). Beyyinenin farklı anlamları için bkz. Tenger, Feyza (2006) İslâm Hukukunda Hâkimin Takdir Yetkisi Bağlamında Kendi Bilgisiyle Hüküm Vermesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, s.15.

7 Koçhisarlıoğlu, Cengiz & Erişgin, Özlem (2009) Hukuki Düşünme ve Gerekçelendirme Mantiği, in: Norm Koyma ve Hüküm Verme, Ankara, s.218.

rarının hakkaniyetli ve adil olabilmesi, hâkimin somut olayı bütün ayrıntılarıyla dinlemesi, somut olaya hâkim olması ve somut olaya uygulanacak normu doğru bir şekilde tespit ettikten sonra hükmü deliller üzerine bina etmesiyle mümkün olabilir. Aksi takdirde hukuki değil keyfi bir mahkeme veya hâkim kararından söz etmek gerekecektir. Zira hâkimler de en nihayetinde insandır ve gerçeğe, usule ve hakkaniyete aykırı, başka bir ifadeyle, keyfi karar verme olasılığı hiçbir zaman göz ardı edilmemelidir⁸.

Anılan beşeri ve fitri gerçeklikten hareketle İslam ve Osmanlı hukukunda insanlar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde hüküm vermeye yetkili olan kişilerin kararlarını mutlaka bir delile⁹ dayandırması gerektiği İslam ve Osmanlı hukukunun en temel kaynaklarında ifadesini bulmuştur¹⁰. Bu bağlamda örneğin Kur'an-ı Kerimde Allah (cc) Hz. Peygamber'e (asm) şöyle buyurmaktadır: “*Sana davacıların haberi geldi mi? Hani onlar duvarı aşarak mabede girmişlerdi. Hani Dâvûd'un yanına girmişlerdi de Dâvud onlardan korkmuştu. Onlar, “Korkma! Biz, iki davacı grubuz. Birimiz diğerine haksızlık etmiştir. **Aramızda adaletle hükmet.** Zulmetme ve bizi hak yola ilet” dediler. İçlerinden biri şöyle dedi: «Bu benim kardeşimdir. Onun doksan dokuz koyunu var. Benim ise bir tek koyunum var. Böyle iken “Onu da bana ver” dedi ve tartışmada beni bastırdı.” Dâvûd' dedi ki: “Andolsun, senin koyununu kendi koyunlarına katmak istemek suretiyle sana zulmetmiştir. Esasen ortakların pek çoğu birbirine haksızlık eder. Ancak iman edip sâlih ameller işleyenler başka. Onlar da pek azdır.” Dâvud bizim kendisini imtihan ettiğimizi anladı. Derken Rabbinden bağışlama diledi, eğilerek secdeye kapandı ve Allah'a yöneldi. Biz de bunu ona bağışladık. Şüphesiz katımızda onun için bir yakınlık ve dönüp geleceği güzel bir yer vardır. Ona dedik ki: “Ey Dâvud! Gerçekten biz seni yeryüzünde halife yaptık. **İnsanlar arasında hak ile hüküm ver**”¹¹.”*

Kur'an-ı Kerim'in anılan ayetine göre, aralarında bir anlaşmazlık olan iki kişi, aralarında adaletle hüküm vermesi için Hz. Davud'a (as) gelir. Dâvud

8 Aşçıoğlu, Çetin (2003) “Yargıda Gereke Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 48, s.109-116, s.111.

9 İslam ve Osmanlı ispat hukukunun temel ispat araçları (delilleri); ikrar (sanık beyanı), şahitlik (tanık beyanı), yemin, lian, kasame, hâkimin (kadı'nın) şahsi bilgisi ve karinedir (Pacic; Jasmin (2009), Islamisches Strafrecht - Untersuchungen zur Rechtslehre und zur Rolle der Politik im Strafsystem der Scharia, 2. Auflage, Wien, Deutscher Informationsdienst über den Islam (DIdI) e.V., s.135; Beroje, s.175, 192, 236, 250, 255, 270, 275; Tenger, s.31-47).

10 Yerdelen, s.143.

11 Sâd Suresi, Ayet: 21-26.

(as), aralarındaki uyuşmazlığa dair esaslı herhangi bir araştırma yapmadan ve aleyhine hüküm verdiği tarafın iddialarını dinleyip savunmasını almadan, sadece davacının iddialarını dinlemek suretiyle bir hüküm verir. Oysa taraflar arasında vuku bulan uyuşmazlığa ilişkin bir yargılamada ve verilen bir kararın gerekçelendirilmesinde davacı ve davalı taraflara ait karşıt görüşlerin dinlenmesi ve tetkik edilmesi iktiza ederdi¹². Nitekim hükmün hakka ve hakikate aykırı olduğu anlaşılınca Dâvud (as) Allah'tan af dilemiş ve Allah (cc) O'nu affettiğini bildirdikten sonra, bir anlamda hâkim tarafından verilen bir kararın delillerle temellendirilmiş olması gerektiğini haber vermiştir. Buna göre hâkim, uyuşmazlık konusu somut olayı derinlemesine tetkik etmeli, davacının davayı (uyuşmazlığı) kendisine anlatırken kullandığı üslubun ve geliştirdiği argümanların etkisinde kalarak somut olaya ilişkin hakikatin karartılmasına müsaade etmemeli ve her türlü kararını deliller üzerine bina etmiş yani gerekçelendirmiş olmalıdır. Aksi bir durum haksızlık ve adaletsizliktir; haktan ve adaletten ayrılmak da insanı çetin bir azaba götürecektir¹³. İslam ve Osmanlı hukukunun birinci derecede kaynağını oluşturan Kur'an-ı Kerim'in söz konusu ayeti, hâkimlerin hak ile hükmetmesine, başka bir ifadeyle, mahkeme kararlarının deliller üzerine bina edilerek gerekçelendirilmesine verilen önemin anlaşılması bakımından önemlidir¹⁴.

Hâkim ve mahkeme kararlarının gerekçelendirilmesi yani delillere dayandırılması gerektiği hususu hadislerle de sabittir. Bu çerçevede bir hadis-i şerifte Peygamber Efendimiz (asm) şöyle buyurmuştur: *“Kim bizim şu işimizde (dinimizde) ondan olmayan bir şey ihdas ederse o şey reddedilir.”* Hadis-i Şerif'in birçok anlamından konuya ilişkin boyutuna göre, eğer bir hâkim, İslam teolojisinde İslam kanununun karşılığı olan şeriatın¹⁵ yani şari'in hitâbının¹⁶ gerektirdiğinden başka bir şeyle hükmederse yani hükmü, şer'i deliller, ayet ve hadisler dışında başka ve bunlara aykırı bir şey üzerine bina ederse İslam

12 Koçhisarlıoğlu / Erişgin, s.218.

13 Abdullah, Haşim Celil (1989) “İslam Hukukunda Yargı Kararlarının Temyizi”, Çeviren: H. Yunus Apaydın, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı:3, s. 383-400, s.391; Yazır, Elmalılı M. Hamdi (2009) Hak Dini Kur'an Dili Tefsiri, Cilt: 7, 2. Baskı, Ankara, s.134-135.

14 Yerdelen; s.144.

15 Schirrmacher, Christine (2003) Grundlagen des islamischen Strafrechts, Zeitschrift der internationalen Gesellschaft für Menschenrechte, Sayı : 1, s.21-22, s.21; Scholz, Peter (2002) Islamisches Recht im Wandel am Beispiel des Eherechts islamischer Staaten, in: Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin (Hrsg.), s.46-61, s.48.

16 Ansay, Sabri Şakir (1954) Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, İkinci Bası, Ankara, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kali. Ort., s.15.

hukukuna aykırı bir şey ortaya koymuş olur. Bu durumda hâkimin hükmü reddedilir¹⁷. Öyleyse hâkim verdiği kararları, İslam hukukunun temel kaynakları (Kur'an, Sünnet, İcma ve Kıyas)¹⁸, bağlı bulunduğu mezhebin kabulleri ve somut deliller çerçevesinde gerekçelendirmekle yükümlüdür¹⁹. Hâkim maddi hukuka uygun bir karar vermiş olsa bile şayet hükme dayanak teşkil eden usule ilişkin hususlarda bir eksiklik veya sakatlık varsa (örneğin hükmü temellendiren delillerin sahte olduğu veya şahitlik yapanların şahitlik için gerekli özellikleri haiz olmadıkları anlaşılırsa) hüküm bozulur²⁰.

İslam hukukunda gerekçe ve gerekçenin delillerle temellendirilmesi hususu üzerinde bu şekilde durduktan sonra Osmanlı hukuk sisteminde mahkeme kararlarının gerekçe çerçevesinde irdelenmesi gerekir. Osmanlı devletin kuruluşuyla birlikte yeni bir hukuk sistemi ve mahkeme yapısı ortaya çıkmış değildir. Osmanlı devleti kendisinden önce yaşamış olan Türk ve İslam devletlerinin hukuki müesseselerini kendi bünyesine katmıştır²¹. Bununla birlikte, gerek kendisinden önceki gerekse kendi dönemindeki İslam devletleriyle mukayese edildiğinde Osmanlı devletindeki hukuk sisteminin ve mahkemelelerin daha gelişmiş ve uzmanlaşmış bir niteliği haiz olduğu tarihi bir gerçeklik olarak karşımıza çıkar. Tanzimat döneminden sonra yapılan bazı değişiklikler²² bir tarafa bırakılacak olursa Osmanlı devleti de yüzyıllar boyunca yargılama hukukunda esas itibarıyla İslam hukukunun hükümlerini uygulamıştır²³. Bu anlamda, Osmanlı hukukunda kazasker ve Divan-ı Hümâyûn'la birlikte

17 Abdullah, s.392.

18 Tellenbach, Silvia, "Islamic Criminal Law": Dubber, Markus D. & Hörnle, Tatjana (2014) The Oxford Handbook of Criminal Law. Oxford, Oxford University Press, s.248; Ansay, s.15.

19 Schacht, Joseph; An Introduction to Islamic Law, Oxford, At The Clarendon Press, 1964, s.196.

20 Ekinci (2001), s.141.

21 Demir, Abdullah (2010) Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, İstanbul, Hazine Yayınları, s.33.

22 Tanzimat döneminde Osmanlı hukuk sisteminde ve adliye teşkilatında kapsamlı değişiklikler yapılmış, Avrupa'daki modeller esas alınarak kanunlar yapılmış ve böylece yargısal sistemde seküler bir yapı ortaya çıkmaya başlamıştır (Scholz, s.48; Yıldız, Özgür (2015) "Osmanlı Hapishaneleri Üzerine Bir Değerlendirme: Karesi Hapishanesi Örneği", Akademik Bakış Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 17, s.91-111, s.93-94). Mecelle de tanzimatla başlayan mezkûr kanunlaştırma faaliyetlerinin bir ürünüdür (Topçuoğlu, Ali Aslan (2010) "Mecelle Şârihi Ali Haydar Efendi'nin Hayatı ve Hukukçuluğu", Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi, Cilt.28, s.329-350, s.338).

23 Akgündüz, Ahmed (2011a) İslam ve Osmanlı Hukuk Külliyyatı: Kamu Hukuku (Anayasa – İdare – Ceza – Usul - Vergi – Devletler Umumi), Birinci Cild, İstanbul, s.830.

24 Hakeri, Hakan, Geschichte des türkischen Strafrechts und ausländische Einflüsse auf die türkische Strafrechtsdogmatik, <https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02150100/IWAS/Materialien/Dtt_Hakeri.pdf> s.e.t. 13.04.2016, s.73, 99-100.

adliye teşkilatının üç temel ayağından birisi olan ve yargı teşkilatının adeta belkemiğini oluşturan kadılık²⁵ kurumunun İslamiyet öncesi hakemlik (arabuluculuk) kurumunun gelişimi sonucunda ortaya çıktığını söylemek yanlış olmaz. Hakemlikte olduğu gibi kadılıkta da ilk zamanlar formel düşünüş metotları yerine kadıların kendi takdirleri doğrultusunda önceki yerel gelenek²⁶ ve kazai içtihatlar çerçevesinde ve fakat temellendirerek sorunları çözdükleri görülmektedir. Hukuk ekollerinin ortaya çıkmasıyla beraber kendisini ekollerden birisinin öğretisini uygulamakla sınırlayan²⁷ kadılık müessesesi hukuki gelişimin nispeten durgunlaşmasına yol açmıştır²⁸. Kadı, şer'i hükümleri uygulama yani İslam hukukunun kuralları çerçevesinde yargılama yapma görev ve yetkisini haiz bağımsız bir otoritedir²⁹.

Osmanlı devletinin hukuk ve yargılama sisteminin temelde İslam hukukunu esas aldığına³⁰ değindikten sonra belirtelim ki, gerekçe Osmanlı hukukunda da önemli bir yer işgal etmektedir. Her şeyden önce hâkim (kadı), yeterli delil olmadan suçlanan kişiyle ilgili dava açamaz ve hakkında herhangi bir cezaya hükmedemez³¹. Şayet kişi hakkında dava açmak için yeterli delile ulaşılmış ve aleyhine cezayı mucip bir hüküm verilmişse kararın mutlak suretle gerekçelendirilmiş olması şarttır. Zira ithamı havi bir iddianın mahkeme huzurunda, hukuki niteliği itibariyle muteber delil ve usûllerle ispat edilmesi (temellendirilmesi) esastır³². Bu bağlamda hâkim ve mahkeme kararlarının gerekçelendirilmesi (delillerle temellendirilmesi) gerektiği çeşitli düzenlemelerle hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede 1869-1870 tarihli Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin (Mecelle) 1827. maddesine göre, "*hâkim muhakemeyi itmam ettikten sonra muktezasını hükm ve tarafeyne tefhim eyler ve **esbab-ı mûcibesi ile***

25 Gündoğdu, Raşit (2011) "Osmanlı Mahkemesi Nasıl İşlerdi?"; Yedikita Aylık Tarih ve Kültür Dergisi, Sayı: 37, s.20.

26 Emevi kadılarının verdiği mahkeme kararlarında yerel unsurların dikkate alındığı dile getirilmektedir (Mesud, Muhammed Halid (1997) İslam Hukuk Teorisi, Çeviren: Muharrem Kılıç, İz Yayıncılık, İstanbul, s.28).

27 Schacht, s.196.

28 Mesud, s.28.

29 Peter, Rudolph (2005) Crime and Punishment In Islamic Law - Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century, New York, Cambridge University Press, s.76.

30 Ceyhan, Muhammed (2011) "Tanzimat Donemi Sonrası Şer'iyeye Sicil Defterlerinin Muh-teva ve Diplomatik Acıdan Tahlili", OTAM, Sayı: 29, s.49-82, s.51. Ansay'a göre İslam hukuku, Türk dünyasını uzun yıllar idare etmiş ve Osmani devletini de avucunun içine almış olan bir hukuk sistemidir (Ansay, s.9).

31 Peter, 84.

32 Tenger, s.22.

beraber hükm ve tenbihi havi bir ilam tanzim edip mahkumunlehe ve ledelicab bir nüshasını dahi mahkûmun aleyhe ita eder”. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin anılan hükmünün açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere, hâkime (kadıya) verdiği hükmü ve hükmün gerekçesini içeren bir ilam³³ düzenleme, lehine ve icap ederse aleyhine hüküm verilmiş olana verme yükümlülüğü getirilmiştir³⁴. Burada amaç, aleyhine karar verilen kişinin, hükmün neden kendi aleyhine verildiğini sebepleriyle beraber idrak etmesine vesile olmak ve hâkimin kendisine haksızlık ettiği zehabına kapılıp ilgili makamlara veya insanlara bu konuda herhangi bir şikâyetle bulunmasına mani olmaktır³⁵. Bu yönüyle gerekçe (esbab-ı mucibe), hüküm konusu somut olayın, buna taalluk eden hukuki kaidelerin ve nihayet hükmün üzerine bina edildiği delillerin ikna edici bir surette izahını ihtiva eder³⁶.

Osmanlı hukuku bağlamında yine 1917 tarihli Usul-i Muhakeme-i Şer'îye Kararnamesi'nin 39. maddesine göre “*ita edilen hüküm **esbab-ı mücibesini** ve tarih-i itasını **ihtiva etmek** ve kadı tarafından imza kılınmak muktezi olduğu gibi ilamat dahi mahkeme mühr-i resmisiyle mahtum ve kadı tarafından mümza (imzalanmış) ve davanın esası ve sicil numarasını havi olmak lazımdır*”³⁷. Buna göre, yargılama neticesindeki hükmün gerekçesiyle beraber verilmiş olması gerekir. Öte yandan, hükmün sebebi ve şartları oluştuğunda hâkim gerekçesiyle beraber hüküm vermek zorundadır. Şayet hükmü sebep-siz yere geciktirirse bu durum görevden alınmayı gerektiren bir sebep teşkil eder³⁸. Zira geciken adalet, adalet değildir prensibi çerçevesinde adaleti zamanında yerine getirmemek zulüm addedilir.³⁹ Hâkim ve mahkeme kararlarının gerekçelendirilmesi gerektiğine dair bir diğer düzenleme de deniz ticaretiyle ilgili bir usûl kanunu olan ve yargılama şekillerini düzenleyen⁴⁰ 1861 tarihli Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi'nin 38. maddesidir. Buna göre, “Ru-

33 Peter, s.85; Kaya, Süleyman (2005) “Mahkeme Kayıtlarının Kılavuzu: Sakk Mecmuaları”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, Cilt 3, Sayı: 5, s.381.

34 B.a.l., C.r. Tyser & Demetriades, D.G. & Effendi, İsmail Hakkı (1967) The Mejelle, Nabha Road, Pakistan, s.322; Akgündüz (2011a), s.899.

35 Yerdelen, s.145.

36 Ekinci, Buğra (2002) Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü – Klasik Devir, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, s.981; Gündoğdu, s.27.

37 Akgündüz (2011a), s.916.

38 Yıldırım, Şahban (2012) “İslam Hukukunda Yargıç Etiği”, e-Şarkiyat İlimi Araştırmalar Dergisi, Sayı: VIII, s.33-50, s.35; Gündoğdu, s.20.

39 Akman, Mehmet (2004) Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması, İstanbul, Eren Yayıncılık, s.21-22; Yıldırım, s.27.

40 Gümüş, Musa (2013) “Osmanlı Devleti’nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları”, Tarih Okulu, Sayı: XIV, s. 163-200, 182.

*yet-i muhasebe ve muayene-i evrak ve defatir veyahut müşkil ve dolaşık davanın etrafıyla tahkik ve teftişi hususları zımında tarafeynin bir komisyona veyahut hakemlere ihalesi iktiza eylediği halde mahkemenin bir karar idadisi ile tarafeyni bâdel istima mümkün olduğu surette sulh etmeye ve olamadığı takdirde davanın usul-i kanuniyesine tatbikan bittetik ekseriyet-i ara ile **esbab-ı mûcibesini havi tanzim olunacak** bir kıta raporto ile rey ve kararlarını beyan eylemek üzere üç veya beş komiser yahut hakem nasb ve tayin olunur”.* Mezûr madde uyarınca, davayı görmek üzere tayin olunan komiser veya hakemin görüşlerini ve neticede vardığı kararı gerekçesini içerecek şekilde tanzim etmesi gerekir. Bu bağlamda 1861 tarihli Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi'nin anılan 38. maddesi, mahkeme kararlarının gerekçeli olarak yazılması gerektiği hususuna başka bir delil teşkil eder.

II. ESBAB-I MÛCİBE VE MANTIK

Gerekçe ile mantık arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Zira her yargının veya yargılamanın ve neticede varılan hükmün mantıksal bir temeli, dar veya geniş bir mantık örgüsü vardır. Mantık, aklımızı gerçeği aramaya ve araştırmaya sevk eder⁴¹. Mantık alanında doğru ve sağlıklı bir sonuca (hükme veya karara) ulaşabilmek için mevcut olan her şeyin neden var olduğunun ve neden varılan hüküm çerçevesinde değerlendirildiğinin gerekçelendirilmesi beklenir⁴². Verilen bir hükmün akla ve mantığa uygun bir şekilde açıklanmasını ifade eden gerekçe, sonucun nedenini ve *niçinini* ortaya koyar ve gerekçesi ölçüsünde de inandırıcı olur⁴³. Gerekçelendirmede karşımıza çıkan hukuka özgü mantık veya hukuki düşünme ve temellendirme, diyalektik mantığın gereklerine uygun olmalıdır. Verdiği kararı gerekçelendiren bir hâkimin akıl yürütmesi sadece analitik (tahlili) olmayıp aynı zamanda diyalektik olmak zorundadır. Dolayısıyla yargılama konusu uyumsuzluk, tez – antitez – sentez şeklindeki hukuki akıl yürütme metodu çerçevesinde çözüme kavuşturulmalı ve hükmün gerekçesinde tarafların leh ve aleyhindeki deliller tartışılarak ortaya konulmalıdır⁴⁴.

41 Fabreguettes, M. P., Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı, Ankara, 1945, s.12.

42 Aşçıoğlu, s.109.

43 Centel, Nur & Zafer, Hamide (2010) Ceza Muhakemesi Hukuku, , 7. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, s.705.

44 Koçhisarlıoğlu & Erişgin, s.211.

Başka bir ifadeyle, hukuk ve yargılama mantığı bir gerekçelendirme mantığı şeklinde ortaya çıkmalıdır. Zira birden fazla alternatif çözüm yollarının benimsenebileceği bir durumda kim iddiasını daha iyi gerekçelendirebilirse karar onun lehine verilecektir. Yargılama neticesinde verilen karar, hakikatte her zaman doğru ve adil olmayabilir. Zira yargılama ve neticede varılan hüküm, genellikle alternatif çözümlerden yalnızca birinin tercih edilmesi şeklinde tezahür eder⁴⁵. Bu da çoğunlukla daha iyi gerekçelendirilen çözümden başkası değildir. İslam hukukunda da benzer bir yaklaşımın olduğunu ifade etmek gerekir. Zira Peygamber Efendimiz (asm) da bir hadis-i şerifinde bu hususa dikkat çekip hükmün mantıksal açıdan daha iyi gerekçelendirilen taraf lehine verileceğine vurgu yaparak şöyle buyurmuştur: “*Ben de sizin gibi bir insanım. Siz birbirinizle anlaşmazlığa düşerek bana gelirsiniz. **Biriniz hüccetini (kazai delilini)**⁴⁶ daha iyi dile getirebilir. Eğer ben bundan dolayı onun lehine hüküm vermişsem muhakkak ki ona ateşten bir parça kesip vermişimdir, sakın onu almasın*⁴⁷.” Burada gerekçe – mantık ilişkisi bağlamında dikkat çeken husus, hakikat boyutunda her ne kadar doğru ve adil olmasa da hükmün, delilleri bir mantık örgüsü çerçevesinde daha iyi ileri süren ve dolayısıyla iddiasını gerekçelendirebilen kişi lehine verilecek olmasıdır. Zira hâkim (kadı), somut olayı bilmediğinden sunulan deliller çerçevesinde karar vermek durumundadır. Nitekim Hanefi mezhebine göre, bir meseleyle ilgili farklı içtihatlar söz konusuysa hâkim, bunlardan hangisinin delilleri kuvvetliyse veya hangisi sağlam gerekçelerle temellendirilmişse onunla hükmetmelidir⁴⁸.

Gerekçe, hükme temel teşkil eder ve hüküm hâkimden neşet eder. Öyleyse gerekçenin, aynı zamanda hâkimle ve hâkimin vasıflarıyla doğrudan bağlantılı olduğunu belirtmek gerekir. Zira hükmü veren ve bunu gerekçeyle temellendiren kişi hâkimdir. Hâkimin bireysel özellikleri verilecek hükmü ve hükmün üzerine inşa edildiği gerekçeyi belirleyen önemli bir unsur olarak karşımıza çıkar. Bu sebeple, gerek İslam gerekse Osmanlı hukukunda hâkimin vasıfları üzerinden *mantık – hüküm – gerekçe (hükmün temellendirilmesi)*

45 Koçhisarlıoğlu & Erişgin, s.211. Aksi görüş için bkz. Cengiz, s.78.

46 İslam âlimleri kazai delili, diğer delil çeşitleriyle karışmaması için hüccet olarak isimlendirmişlerdir. Bu bağlamda ceza muhakemesindeki delile karşılık gelen kavram İslam hukuk literatüründeki hüccet kavramıdır. Buna göre, hâkimin kararı gerekçelendirmek ve tarafların da iddialarını ispat etmek için kullandıkları vasıtalara hüccet denmektedir (Beroje, s.172); Akgündüz (2011a), s.847; Demir, s.111.

47 Canan, İbrahim (2008) Hadis Ansiklopedisi Kütüb-i Sitte Tercüme ve Şerhi, 3. Baskı, Cilt: 14, Ankara, s.98; Abdullâh, s.392, Naklen: Aynî, Umdetu'l-Kâri, XIII, 275.

48 Ekinci (2001b), s.137.

ekseninde fonksiyonel bir ilişkinin kurulduğunu söyleyebiliriz. Bu doğrultuda İslam ve Osmanlı hukukunda ehliyet ve liyâkate azami derecede özen gösterilmiş ve kadılık veya hâkimlik yapacak kişilerin belirli özellikleri haiz olmaları gerektiği hüküm altına alınmıştır⁴⁹. Örneğin Ayet-i Kerimede Allah (cc) şöyle buyurmuştur: “*Şu bir gerçek ki Allah, size emanetleri ehline vermenizi, insan arasında hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emreder*”⁵⁰. Bir hadis-i şerifte ise Hz. Peygamber: “*kim bir kimseyi liyakati olmadığı halde sırf yakınlığından veya sevgisinden dolayı hâkimliğe atarsa Allaha, Resulü’ne ve mü’minlere ihanet etmiş olur*” buyurmuştur⁵¹.

Bu sebeple hâkimler, öncelikle hukuki meselelere ve yargılama usulüne vâkıf; kendisine arz olunan davaları hukuk bilgisine dayanarak adil bir şekilde çözüme kavuşturma liyâkati olan kişiler arasından seçilmelidir⁵². İslam hukukunda bugünkü hâkimlere karşılık gelen kadılar belirli yargı çevrelerindeki davaları görüp çözüme kavuşturmak üzere devlet başkanı tarafından seçilir ve tayin edilirlerdi⁵³. Hz. Peygamber (asm) bizatihi dava dinleyip hüküm verdiği gibi ilerleyen dönemlerde adli işlerin artmasıyla kadılar tayin etmiş⁵⁴ ve O’nu takip eden halifeler de aynı uygulamayı devam ettirmişlerdir⁵⁵. İslam ve Osmanlı hukukunda kadı olarak tayin edilecek olan kişilerin ehliyet ve liyakatlerinin tam olmasına dikkat edilmiştir. Örneğin İslamiyet’in ilk zamanlarında Hz. Peygamber (asm) tarafından kadı olarak atanan Muaz bin Cebel (ra) döneminin en bilgili âlimi ve Attab bin Esiyd (ra) ise kavmi arasında zekâsı ve hüküm vermedeki isabetiyle tanınmış olan bir zattır⁵⁶.

Osmanlı hukuk sisteminde de benzer bir hassasiyet gösterilmiş ve kadılık (hâkimlik) yapacak olan kimselerde birtakım nitelikler aranmıştır. Mecelle’nin, hâkimin sahip olması gereken vasıflarına ilişkin 1792. maddesine göre,

49 Demir, s.39-40; Akman, s.41.

50 Nisa Suresi, Ayet: 56.

51 Yıldırım, s.47, Naklen: A’tiyye Mustafa Müşrif; el-Kadâ fi’l İslam, Matbaatu’l- İ’timâd, 1939, s.107-108.

52 Berki, Ali Himmet (1969) “İslam’da Kaza Tarihi”, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 1, s.153-167, s.160.

53 Schacht, s.188.

54 Abdullah, s.384; Ekinci, Ekrem Buğra (2001b) “İslam Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü – Kanun Yolları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı:1-2, s.65-158, s.92-93.

55 Ekinci, Ekrem Buğra (2001a) “Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, s.59-72, s.59; Yurtseven, Yılmaz & Şahin, Gamze Nur (2016), “Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Padişahın Yargı Yetkisi”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı: 1, s.159-198, s.187.

56 Berki, s.156.

“bir hâkim; *hakîm*, *fehîm*, *müstakîm*, *emîn*, *mekîn*, *metîn olmalıdır.*” Anılan madde uyarınca hâkimlerin taşınması gereken sıfatlardan gerekçenin mantıksal bir çerçeveye oturtulması ve akla uygun olması bağlamında öne çıkan “*hakîm*” ve “*fehîm*” sıfatları üzerinde önemle durmak icap eder. *Hakîm*, her işi hikmetli olan⁵⁷ feraset sahibi kişi anlamına gelir. Hikmet; feraset, bilgelik, akıl, söz ve hareketteki uyumu ifade etmektedir⁵⁸. İş hikmet üzere olması gereken, delilsiz ve temelsiz hüküm vermeyen yani **hakîm bir hâkimin**, yargılama sonucunda vereceği kararı da sağlam bir mantık örgüsüyle hukuki düşünme ve akıl yürütme (istidlal)⁵⁹ yöntemlerini kullanarak sağlam deliller üzerine inşa etmesi yani temellendirerek gerekçelendirmesi beklenir.

Mecelle’ye göre hâkimin sahip olması gereken özelliklerinden bir diğeri olan *fehîm* ise akıllı, anlayışlı⁶⁰, keskin ve ince zekâlı⁶¹ kişiler için kullanılan bir sıfattır. Bu anlamda hâkimlerde bulunması zorunlu olan melekelerden birisi meselelerin künhüne vakıf olarak akıl erdirmek veya fehmetmek anlamına gelen *idrak* hassasıdır⁶². Bu şekilde, yargılama yapıp hüküm verecek ve o hükmü gerekçeyle temellendirecek olan hâkimlerin akli melekeleri güçlü ve muhakeme kabiliyetleri yüksek kişilerden seçilmesine çalışılmaktadır. Bu da İslam ve Osmanlı hukukunda mantıkla ve akla uygunlukla doğrudan bağlantılı olan gerekçeye verilen önemin anlaşılması bakımından önem arz eder. Zira soyut hukuk kuralını somut olaya uygulayarak karar vermek ve verilen kararı gerekçeyle temellendirmek, hâkimin analitik bir düşünme ve diyalektik bir muhakeme faaliyeti gerçekleştirmesini gerektirir. Heidegger’in ifadesiyle, “*karar vermek sadece bir seçim yapmaktan ibaret değildir. Seçmek her zaman yalnızca önceden verilmiş olanı, kabul veya reddedilebilir olanı içermektedir. Oysa karar, başlı başına bir temellendirmedir*”⁶³.

Gerekçe, hükmün mantıksal çerçevede deliller vasıtasıyla temellendirilerek ispatlanmasını gerekli kılar. İspat, hukuki akıl yürütme ile mantıki bir önermenin neticesi olduğundan, delillerin ve deliller üzerine temellendirilen gerekçenin de akla uygun olması şarttır⁶⁴. Akla uygunluk, nitelikli bir muha-

57 Yeğin, Abdullah (1997) İslami – İlmi – Edebi – Felsefi Yeni Lûgat, İstanbul, s.187.

58 Mutçalı, Serdar (1995) Arapça – Türkçe Sözlük, İstanbul, s.186-187.

59 Yurtseven & Şahin, s.164.

60 Yılmaz, s.370.

61 Mutçalı, s.676.

62 Fabreguettes, s.12.

63 Cengiz, Erdal (2007) “Paradokslar ve Karar Verilemezlik”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:65, Sayı:2, s.77-81, s.78.

64 Beroje, s.172.

keme kabiliyeti ve analitik bir düşünme faaliyetiyle mevcut verileri (delilleri) tahlil etmek ve analitik bir karşılaştırma yapmak suretiyle doğru sonuca ulaşmakla sağlanabilir. Zira hukuki açıdan adil bir hüküm ve mantığı açıdan akla uygun bir temellendirme (gerekçelendirme) iyiyi kötüden, doğruyu yanlıştan, haklıyı haksızdan ayırt edebilme kabiliyetinin yani temyiz kudretinin varlığını zorunlu kılar⁶⁵. Temyiz, birçok seçenek arasında birisini seçip tefrik etmek, sezme, iyiyi kötüden ayırmak⁶⁶ anlamlarına gelmesi cihetiyle gerekenin akla uygunluğu çerçevesinde önem arz eder. Nitekim Mecelle'nin 1794. maddesine göre, "*hâkimin **temyiz-i tâmma muktedir olması lazımdır.***" Başka bir ifadeyle, hâkim tam bir temyiz kudretine, iyiyi kötüden ve haklıyı haksızdan ayırt edebilme yeteneğine sahip olmak zorundadır⁶⁷. Anılan hükümler, İslam ve Osmanlı hukukunda mahkeme kararlarının akli temellendirilmesine verilen önemin anlaşılması bakımından dikkat çekicidir⁶⁸.

Öte yandan, delillerle temellendirilmiş adil bir hüküm ancak sağlıklı bir muhakeme ve yargılama sürecinin eseri olabilir. Sağlıklı bir düşünme ve muhakeme ise, akli melekelerin uyku, yorgunluk, kızgınlık vb. harici herhangi bir olumsuz sebebin tesirinde olmamasını gerektirir⁶⁹. Nitekim Hz. Peygamber: "Kimse öfkeli iken iki kişi arasında hüküm vermesin" buyurmuştur⁷⁰. Mecelle'nin 1812. maddesine göre de "*hâkim, gam ve ğussa (acı-keder) ve **açlık ve ga-lebe-i nevm gibi sıhhat-i tefekküre mâni**' olabilecek bir ârıza ile zihni müşevveş olduğu halde hükme tesaddi etmemelidir.*" Buna göre hâkim gam, keder, açlık, uyku bastırması gibi sağlıklı düşünme faaliyetine engel olan durumlar ile zihninin karışık olduğu durumlarda hüküm vermeye kalkışmamalıdır. Söz konusu hükümlerden anlaşıldığı üzere hâkim, doğru, sağlıklı ve derinlemesine bir düşünme (tefekkür etme) sürecine engel teşkil edebilecek öfke, açlık, uyku halinin bastırması gibi durumlarda karar vermektan imtina etmelidir⁷¹. Zira düşüncede bulanıklık veya muhakemede muğlâklık bir çıkarım ve temellendirme hatasını beraberinde getirir⁷². Unutulmamalıdır ki soyut hukuk kuralını

65 Koçhisarlıoğlu & Erişgin, s.226.

66 Yılmaz, s.1223.

67 B.a.l. & Demetriades & Effendi, s.318; Fabreguettes, s.478.

68 Berki, s.161.

69 Aşçıoğlu, s.111; Yıldırım, s.44.

70 Canan, s.92.

71 Akgündüz, Ahmet (2011) Islamic Public Law (Documents on Practice from the Ottoman Archives), Rotterdam, IUR Press, s.536.

72 Akın, İbrahim (2007) "Adalet ve Akıl Yürütme Hataları", Ankara Barosu Dergisi, Yıl:65, Sayı:2, s.220-225, s.220.

somut olaya uygulayarak karar vermek her şeyden önce analitik bir düşünme ve diyalektik bir muhakeme faaliyetidir. Böyle bir faaliyet de duru ve berrak bir düşünmeyi gerektirir. Kızgınlık, yorgunluk, asabiyet ve tahammülsüzlük sağlıklı düşünme ve dolayısıyla gerçekleyle temellendirilmiş bir karar verme sürecini olumsuz etkiler⁷³.

III. ESBAB-I MUCİBE VE KANUN YOLLARI

Yargı mercii tarafından verilmiş olan bir kararın hukuka ve yargısal usullere aykırı veya yanlış verilmiş olması her zaman ihtimal dâhilindedir. Bu sebeple, taraflar arasında vuku bulan uyuşmazlıklar hakkında yargısal bir karar verilmiş olması her zaman uyuşmazlığın tamamen sona ermesi anlamı taşımaz⁷⁴. Kanun yolları (*turûk-u kazâ*), yargılama makamları tarafından verilmiş olan kararların başka bir üst yargı makamı tarafından denetlenmesine imkân veren hukuki araçlardır⁷⁵. Taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin hükmün denetlenebilir olması söz konusu hükmün gerekçelendirilmesinde ileri sürülen sebeplerin somut gerçekliğe uygun ve dayanılan hukuki kaidelere uygun olup olmadığının tespiti bakımından önem arz eder⁷⁶. Mahkeme kararlarının denetlenmesini sağlayan itiraz, istinaf ve temyiz gibi kanun yolları (hâkim veya mahkeme hükmünün kontrolüne matuf yollar⁷⁷) bugünkü niteliği, anlamı ve kapsamıyla olmasa da unsurları ve icra ettikleri fonksiyonları itibariyle İslam hukuku ve klasik dönem Osmanlı hukukunda var olan müesseselerdir⁷⁸. Bununla birlikte, İslam hukuk uygulaması ile Osmanlı hukuk sistemindeki şer’i mahkemelerin tek dereceli bir yargısal sistem teşkil etmeleri ve *“ictihad ile ictihad nakzolunmaz (bozulmaz)”*⁷⁹ kaidesi dikkate alındığında şer’i mahkemelerce verilen kararların iki dereceli yargısal sistemlerin bir enstrümanı olan istinaf yoluyla denetimi prensip itibariyle mümkün değildir⁸⁰.

73 Ceylan, Yasin (2007) “Yargıcı – Yasa – Karar”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:65, Sayı:3, ss.52-55, s.54.

74 Ekinci (2001b), s.65.

75 Şahin, Cumhur & Göktürk, Neslihan (2013) Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.211.

76 Koçhisarlıoğlu & Erişgin, s.218.

77 Ekinci (2001b), s.70.

78 Bununla birlikte, bugünkü anlamı ve niteliği itibariyle istinaf İslam hukukunda yoktur (Ekinci (2002), s.959-960); Ekinci (2001b), s.105.

79 Ekinci (2001b), s.127.

80 Ekinci (2000), s.486, 494.

⁸¹. Şer'i mahkeme kararları ancak muhakeme usulü kurallarına uyulup uyulmadığı ve dolayısıyla verilen hükmün hukuka uygun olup olmadığının denetlendiği *temyiz* yoluyla denetlenebilirdi⁸². Bu sebeple, çalışmamızda esbab-ı mucibe (gerekçe) ve kanun yolları ilişkisi daha ziyade *temyiz* kanun yolu bağlamında ele alınacaktır.

Hiyerarşik bir kontrol ve koordinasyon aracı olan *temyiz*⁸³, hâkim veya mahkeme tarafından verilmiş olan bir kararın, yargısal bir üst merci (yüksek mahkeme) tarafından yeniden gözden geçirilmesine olanak sağlayan hukuki bir yoldur⁸⁴. Bu anlamda *temyiz*, yargılamada muhakeme usulü kurallarına uyulup uyulmadığını, verilen kararın hukuka uygun olup olmadığını inceleyen bir denetim mekanizması olarak karşımıza çıkar⁸⁵. Böyle bir denetim mekanizmasının işleyebilmesi için mahkeme kararının gerekçelendirilmiş olması şarttır. Zira gerekçe, yargılama neticesinde verilen (varılan) hükmün denetlenmesine imkân sağlayarak keyfiliği önler ve hukuki açıdan isabetli ve hakkaniyetli bir hükme varılmasına hizmet eder⁸⁶. Bu açıdan bakıldığında gerekçeyle *temyiz* incelemesi arasında yakın bir ilişkinin bulunduğu şüphesizdir⁸⁷.

Bir mahkeme kararının isabetli olmadığını ve dolayısıyla aleyhine karar verilen kişi bakımından haksızlık teşkil ettiğini ortaya koyabilmek ve *temyiz* incelemesinde hâkim veya mahkemenin vermiş olduğu karara karşı savunma yapıp argüman geliştirebilmek için yargılama sürecindeki iddia ve karşı iddialarla bunlara dayanak teşkil eden delillerin kararda ortaya konulmuş olması ve mahkemenin söz konusu iddia ve delillerden hareketle *temyiz* konusu hükme nasıl vardığını şüpheye yer bırakmayacak bir mantık örgüsüyle temellendirmiş yani gerekçelendirmiş olması elzemdir. Zira doğru formüle edilmiş / kurgulanmış sağlıklı bir gerekçe, yüksek mahkemenin kısa yoldan ve doğrudan denetim yapmasına önemli ölçüde katkı sağlar. Bu sebeple, birçok hukuk sisteminde *temyiz* incelemesi gerekçe denetimiyle başlar ve gerekçesizlik başlı

81 Bunun sebeplerine ilişkin geniş açıklamalar için bkz: Ekinci (2001b), s.106-111.

82 Bingöl (2005), s.20.

83 Shapiro, Martin (1980) "Islam and Appeal", California Law Review, Cilt: 68, Sayı: 2, s.350-381, s.368.

84 Ünver, Yener & Hakeri, Hakan (2014) Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, s.835.

85 Ekinci, Ekrem Buğra (2000) "Mecelle'de Kanun Yolları" Argumentum, Sayı: 58, s.483-488, s.483.

86 Centel & Zafer, s.706.

87 Yerdelen, s.148.

başına öncelikli bir bozma nedeni oluşturur⁸⁸. İslâm ceza muhakemesi hukukunda özellikle hadd ve kısas cezalarında en ufak bir şüphe dahi cezanın düşmesi sonucunu doğurur⁸⁹.

Gerekçeyle yakın bağlantı içerisinde bulunan temyizın işlevsel anlamda İslam ve Osmanlı hukukunda ayrı bir yeri ve önemi vardır⁹⁰. Kazânın (yargı-lamanın), yüce bir görev olduğu tartışmasızdır. Bununla birlikte, kadılar veya hâkimler de insan olmaları itibarıyla yanlış, hatalı veya haksız kararlar verebilir. Kur'ân-ı Kerim'in bazı ayetlerinde bir hâkimin mertebesi ve durumu ne olursa olsun hükümde yine de hataya düşebileceğine değinilmektedir. Bu durum, hükümde hataya düşülmesi halinde hatalı hükmün düzeltilmesi için yapılması lazım gelen işlemlerin ve buna ilişkin sürecin tespit ve tazvihini iktiza eder⁹¹. Bu anlamda Kur'an-ı Kerim'de, Enbiya Suresi'nin konuyla ilgili ayetleri açık bir şekilde yanlış verilen bir hükmün düzeltilmesi gerektiğini yani *temyiz* prensibini ihtiva etmektedir.

Bahsi geçen ayetlerde Allah (cc) şöyle buyurmaktadır: “(Ey Resûlüm!) Dâvûd'u ve Süleymân'ı da (yâd et)! Bir vakit ekin hakkında hüküm veriyorlardı; hani o kavmin koyunları onun (o ekinin) içine (geceleyin) yayılmışlardı. (Biz de) onların hükmüne şahidler idik. Bunun üzerine onu (o hâdise hakkındaki hükmü) Süleymân'a anlattık. Bununla berâber her birine hüküm ve ilim verdik. Dağları ve kuşları, Dâvûd'la berâber tesbîh etmek üzere (ona) itaatkâr kıldık. Ve (bütün bunları) yapanlar (biz) idik”⁹². Mezkûr ayette anlatılan hadiseye göre, bir topluluğa ait koyun sürüsü başka bir topluluğun bağına girerek zarar verir ve bağın sahipleri de koyun sahiplerini Hz. Dâvud`a (as) dava eder. Hz. Dâvud (as) da yargılama neticesinde bağ sahiplerinin lehine hüküm verir. Süleyman (as) ise Hz. Dâvud`a (as) hitaben: “Ey Allah'ın peygamberi! Başka türlü hükmetsen daha iyi olur” der. Dâvud (as): “Nasıl?” diye sorduğunda da Süleyman (as): “Koyunları bağın ve bağı da koyunların sahibine verirsin. Koyunların sahibi bağı eski haline getirinceye kadar bağın sahibi koyunlardan istifade eder. Bağ eski haline döndüğünde ise koyunları ve bağları sahibine geri verirsin” der ve bu yönde karar vermesi gerektiğini ifade eder. Hz. Süleyman`ın (as)' bu hük-

88 Aşçıoğlu, s.112.

89 Tenger, s.32.

90 Aksi yöndeki görüşe göre, gerek İslam hukukunda gerekse İslam dinini referans ittihaz eden Osmanlı hukukunda merkezi ve hiyerarşik bir yapı bulunmadığından teknik anlamda gerçek bir temyiz uygulamasından söz etmek mümkün değildir (Shapiro, 353, 361-362, 370, 372-374, 381-382).

91 Abdullah, s.383, 390.

92 Enbiya Suresi, Ayet: 78-79.

mü Allah (cc) katında kabul görmüş ve Allah (cc), bu şekilde hükmetmeyi Süleyman'a biz öğrettik, buyurmuştur⁹³. Başta da ifade edildiği üzere anılan ayet, İslam hukukunda gerekçeli karar bağlamında temyiz varlığına ve önemine işaret etmektedir. Zira tarafların uyuşmazlığa ve ihtilafa düştüğü bir konuda Dâvûd (as) bir taraf lehine hüküm vermiştir. Süleyman (as) babasının verdiği hükme itiraz ederek ilk hükmün yerine kendi hükmünün verilmesi gerektiğini ileri sürmüş ve nihayetinde Hz. Dâvud'un (as) verdiği hüküm bozulmuş ve Hz. Süleyman'ın (as) verdiği hüküm Allah (cc) katında kabul görmüştür. Başka bir ifadeyle ayet; bir hükmü, buna karşı bir itirazı, hükmün bozulmasını ve yeni bir hükmün tesisini yani esas itibarıyla temyiz incelemesini içermektedir⁹⁴.

İslam hukukunda yanlış verilen bir kararı tashih etmek veya hatalı bir karardan dönmek, hem bir yükümlülük (Hanefi mezhebine göre vacip⁹⁵) hem de faziletli bir davranış şekli olarak kabul edilmiştir. Nitekim Hz. Peygamber'in (asm) bizzat kendisinin vermiş olduğu kararlara veya başka hâkimlerin vermiş olduğu kararlara itiraz edilmesi halinde itirazları değerlendirerek yeniden muhakeme yaptığı vâkidir⁹⁶. Hz. Peygamber'den (asm) sonra gelen Hulefâ-i Râşidin de itiraz halinde bizzat kendileri tarafından verilen veya hâkimlerin (kadıların) verdikleri kararları yeniden incelemiş ve hatalı olması halinde düzeltmiştir⁹⁷. Bu bağlamda, adalet timsali Hz. Ömer (ra) tarafından Basra valisi ve kadısı Ebu Mûsâ el-Eş'arî'ye gönderilen ve yargılama usulüne dair kaideler ihtiva eden mektup mahkeme kararlarının kontrolü bakımından fevkalade değerlidir. Anılan mektubun altıncı fıkrasında müminlerin emiri şöyle buyurmaktadır: *“bir mesele hakkında hükmettikten sonra hükmünün yanlış olduğu anlaşılırsa hakka rüçû et; hakka irca bâtılda ısrardan hayırlıdır”*⁹⁸. Her ne kadar bu fıkra kadının kendi yanlışından bizatihi dönmesine ilişkin ise de buradan hatalı ve haksız bir kararın temyiz incelemesinde düzeltilmesi (veya bozulması) veya düzeltilmesinin kararı veren kadıdan istenmesi gerektiği sonucuna rahatlıkla ulaşabiliriz. Hatta bir görüşe göre, Hz. Ömer'in (ra) bu ifadeleri karar düzeltme kurumunun temelini oluşturur⁹⁹. İlk devir İslam hukukçuları *temyiz*

93 Abdullah, s.391.

94 Abdullah, s.392.

95 Ekinci (2001b), s.135.

96 Ekinci (2001b), s.93.

97 Demir, s.221.

98 Berki, s.165.

99 Ekinci (2001b), s.95.

terimi yerine genelde *nakz* (*bozma*) ibaresini kullanmayı tercih etmişlerdir. İslam hukukunda Emevi ve Abbasi dönemlerinde temyiz incelemesini yapmaya yetkili makam Velâyetü'l-Mezâlim (Divan-ı Mezâlim) denilen yüksek mahkemedir¹⁰⁰. Kadının veya hâkimin aralarında adaletle hükmetmediğini iddia eden veya karardan memnun kalmayan kişilerin getirdikleri davalara bakmak ve bu davaları çözüme kavuşturmak mezâlim kadısının görevidir¹⁰¹.

Gerek Hz. Peygamber (asm) zamanında gerekse sonraki dönemlerde yargılama yetkisini haiz olan kadılar tarafından verilen kararlar denetlenmekte yani temyiz incelemesinden geçmektedir. İslam ve Osmanlı hukukunda kadı (hâkim), belirli yargı çevrelerinde uyuşmazlıkları çözüme kavuşturup hüküm veren¹⁰² ve dolayısıyla hükme ve hukuka kaynaklık eden kişidir¹⁰³. Zira kadı ve mahkeme bir yönüyle hukukun tezahürü olarak karşımıza çıkar¹⁰⁴. Osmanlı adli teşkilatının temel taşı¹⁰⁵ olan kadının görevi yargılamayı yapmak ve nihayetinde verdiği hükümle adaleti tesis etmektir¹⁰⁶. Hüküm ise, yükümlünün fiiliyle ilgili olarak hâkimin iradesini ortaya koyan karardır¹⁰⁷.

Dava, bir kimsenin hâkim (kadı) huzurunda başka bir kişiden hak talep etmesidir. Kadı bir davanın görülmesi için kendisine müracaat edildiğinde ilk önce davacıyı dinledikten sonra davacının iddiasıyla ilgili davalıyı dinler. Taraflar dinlenip dava görüldükten sonra artık nihai karar yani hüküm verilir. Kadı (hâkim) davayı İslam hukukuna göre temellendirerek sonuçlandırır ve verdiği hüküm hem kendisini hem de tarafları bağlar. Verilen hüküm kadı tarafından yumuşak bir dille taraflara tefhim edilir. Aleyhine hükmettiği tarafın kalbinin kırılmaması ve hakkında su-i zanna kapılmaması için ona, yaptığı savunmayı ve sunduğu delilleri incelediğini fakat şer'i hükümlere göre onun aleyhine hüküm vermesi gerektiğini dile getirir ve verilen kararın gerekçesini izah eder¹⁰⁸.

100 Ekinci (2001b), s.97.

101 Abdullah, s.383, 387.

102 Ekinci (2005), s.417; Ekinci (2002), s.984.

103 Osmanlı topraklarında 18. yüzyıldan itibaren kadılık görevi ekseriyetle kadının vekili olan nâipler tarafından yerine getirilmiş hatta kadılar görevlerini bizzat yerine getirmeyip yerlerine nâiplerini gönderdikleri için de sık sık ikaz edilmişlerdir (Akıba, Jun (2007) "Kadılık Teşkilatında Tanzimat'ın Uygulanması: 1840 Tarihli Ta'limname-i Hükkâm", Osmanlı Araştırmaları Dergisi, Sayı: XXIX, s.9-40, s.11; Beyazıt, s.54; Ceyhan, s.53).

104 Ekinci (2005), s.427.

105 Ceyhan, s.49; Gündoğdu, s.20.

106 Akgündüz (2011b), s.532.

107 Hallâf, Abdulvahhab (1973) İslam Hukuk Felsefesi (İlmu Usûlî'l Fıkh), Kahire, s.249.

108 Gündoğdu, s.27; Ekinci (2002), s.981.

Şayet kadının verdiği karar taraflardan birini tatmin etmeyecek olursa karardan memnun kalmayan taraf mahalli kadıya veya eyalet kadısına hatta Sultan'ın kendisine başvurabilir¹⁰⁹. Buna göre, klasik dönem Osmanlı hukukunda kadının verdiği karardan memnun kalmayıp itiraz eden taraf bunu payitahttaki *Divan-ı Hümayun*'a götürür¹¹⁰. Hükmü inceleyen Divan, hukuka aykırılık görmesi halinde davayı hükmü veren mahkemeye veya başka bir mahkemeye yeniden görülmek üzere gönderebileceği gibi davaya bakarak bizzat kendisi de karara bağlayabilir¹¹¹. İşte Divan'ın bu kararına karşı Sultan'a başvurma hakkı mevcuttur¹¹². *Divan-ı Hümayun*, Osmanlı adli teşkilatı içerisinde örfi veya şer'i konulara ilişkin davalar bakımından taşradan gelen davalarda yüksek bir *temyiz makamı*¹¹³ ve İstanbul'daki davalar bakımından ise *bidayet mahkemesi* görevini yerine getiren bir yargı makamıdır¹¹⁴.

Kadılar mahkemelerde yargılama neticesinde verdikleri hükümlerin hiçbir tartışmaya ve yorum farklılığına mahal vermeyecek bir şekilde gerekçesini ortaya koymakla yükümlüdür¹¹⁵. Kadı, hükmünü verdikten sonra gerekçeyle beraber hükmü ihtiva eden bir ilam düzenleyip davacıya ve gerekli olması halinde davalıya birer suretini gönderir¹¹⁶. Haksız çıkan tarafın, aleyhine olan hükmün nasıl verildiğini görüp şer'i hükümlere ve yargılama usullerine uygun olup olmadığını anlayabilmesi için kadı, ilama verdiği hükmün gerekçesini yazar ve ulemaya da gösterir. Böylece verilen hükmün denetlenmesine, başka bir ifadeyle, temyiz incelemesine imkân tanınmış olur¹¹⁷. Bununla birlikte, günümüz hukuk sistemindeki temyiz mahkemelerine tekabül eden *kâdiyü'l-kudât-lık* makamı Abbasiler döneminde kurulmuş olup¹¹⁸ zaman içerisinde kadılar tarafından verilen kararların temyiz incelemesinde tek yetkili organ haline

109 Shapiro, s.374.

110 Ekinci (2002), s.985.

111 Ekinci (2000), s.487.

112 Ekinci (2005), s.418.

113 Yurtseven & Şahin, s.191-192.

114 Bingöl, Sedat (2005) "Osmanlı Mahkemelerinde Reform ve Ceride-i Mahâkimdeki Üst Mahkeme Kararları", Tarih İncelemeleri Dergisi, Cilt: XX, Sayı: 1, s.19-38, s.24; Ekinci (2002), s.986.

115 Ne var ki günümüzde gerekçe çoğunlukla "olayın oluş biçimine, bilirkişi raporlarındaki açıklamalara, tanık anlatımlarına göre suçun unsurlarının gerçekleştiği, sanığın geçmişteki ve yargılama sırasındaki durumu ve kişiliği" gibi genel, soyut ve yuvarlak ifadelerle yapılan açıklamalardan ibarettir (Aşçıoğlu, s.110).

116 Demir, s.208-209; Akgündüz (2011a), s.846.

117 Gündoğdu, s.27; Akman, s.118; Bingöl (2005) s.24.

118 Berki, s.158; Ekinci (2001b), s.98.

gelmiştir¹¹⁹. Endülüs devletinde ise kadıların verdiği kararlara karşı yapılan itirazları incelemek ve neticeye bağlamakla görevli kurum *sahibü'r-redd* denilen kurumdur¹²⁰.

Osmanlı hukukunda 1840 tarihli Ceza Kanunnamesi'nin ilanından sonra ceza mahkemeleri tarafından verilen kararlara ilişkin temyiz yetkisinin *Divan-ı Hümayun'un yerini alan Meclis-i Vâla'ya* verilmesi¹²¹ ile bugünkü anlamıyla temyiz kavramı hukuk sistemine dâhil olmuştur¹²². Bu düzenlemeyle *Meclis-i Vâla-yı Ahkâm-ı Adliye* temyiz işlevinin yerine getiren bir üst mahkeme konumuna getirilmiştir¹²³ ve 1847 tarihi itibarıyla tam anlamıyla bir temyiz mahkemesi niteliği kazanmıştır¹²⁴. Daha sonra *Meclis-i Vâla-yı Ahkâm-ı Adliye*'nin yerine yüksek mahkeme görevini yerine getirmek üzere kurulan *Divan-ı Ahkâm-ı Adliye*¹²⁵, *Mahkeme-i Temyiz* ve *Mahkeme-i İstinaf* şeklinde iki bölüme ayrılmıştır¹²⁶. Ceza ve hukuk dairelerinden müteşekkil olan Mahkeme-i Temyiz, vilayet ve livalardaki nizamiye mahkemeleri tarafından verilmiş olan kararların temyiz incelemesini yapar. Mahkeme-i İstinaf ise ticari, hukuki ve cezai konulara ilişkin davaların son karar organı konumundadır¹²⁷. Ağır cezayı mucip suçlara müteallik davalar bakımından *Divan-ı Ahkâm-ı Adliye*'ye temyizen gitmek zorunludur¹²⁸ ¹²⁹. *Divan-ı Ahkâm-ı Adliye* de sonraki dönemlerde *Yargıtay* olarak tesmiye olunacaktır¹³⁰.

Öte yandan, 1865 tarihli Nizamname ile de sancak merkezlerinde hukuk işlerine bakmak üzere *Meclis-i Temyiz-i Hukuk* ve ceza işlerine bakmak üze-

119 Ekinci (2004), s.23-24; Abdullah, s.386; Ekinci (2001a), s.59; Ekinci, Ekrem Buğra (2005), "Osmanlı Devleti'nde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü", Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 5, s.417-439, s.417-418; Yerdelen, s.149; Ekinci (2001b), s.99.

120 Ekinci (2001b), s.102.

121 Ekinci (2005), s.420.

122 Akça, Gürsoy & Hülür, Himmet (2006) "Osmanlı Hukukunun Temelleri ve Tanzimat Dönemindeki Hukuksal Yeniliklerin Sosyo-Politik Dinamikleri", Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Sayı: 19, s.295-321, s.309.

123 Akça, Gürsoy & Hülür, Himmet (2007) "Tanzimattan Cumhuriyete Siyasal ve Hukuksal Yapının Modernleşmesi", Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Sayı: 21, s.235-269, s.246.

124 Ceyhan, s.58; Bingöl, Sedat (2007) "Vakâ-yi Zaptiyye Gazetesi ve İstanbul Mahkemeleri", İstanbul Üniversitesi Yakın Dönem Türkiye Araştırmaları, Sayı: 11, s.3.

125 Bingöl (2007), s.3.

126 Bingöl (2007), s.34-35; Bingöl (2005), s.30.

127 Akça & Hülür (2007), s.246, 251.

128 Bingöl (2005), s.31-32.

129 Osmanlı hukukunda kadıların kısasa ilişkin kararlarının da temyizi zorunludur (Ekinci (2000), s.494).

130 Ekinci (2005), s.420.

re *Meclis-i Cinayet*; vilayet merkezlerinde ise anılan mahkemelerin kararlarını denetlemek amacıyla birer yüksek mahkeme olan *Meclis-i Temyiz-i Hukuk* ve *Meclis-i Kebir-i Cinayet* şeklindeki istinaf mahkemeleri kurulmuştur¹³¹. Vilayet merkezlerinde teşkil olunan mezkûr iki mahkeme ilerleyen dönemlerde *Divan-ı Temyiz* adıyla tek çatı altında birleştirilmiştir¹³². 1864 tarihli Tuna Vilayeti Nizamnamesi ile *bidayet, istinaf ve temyiz* olmak üzere üç dereceli bir yargılama öngören Nizamiye Mahkemeleri teşekkül ettirilmiştir¹³³. 1867 tarihli Vilayet Nizamnamesi ile evlenme, boşanma, nikâh gibi davalar hariç¹³⁴ şer'i esaslar dışındaki kanun ve nizamlara göre yargılama yapmak üzere kurulmuş olan Nizamiye Mahkemeleri yeniden tanzim edilerek kazalarda Meclis-i Deavi¹³⁵, sancaklarda Meclis-i Temyiz ve vilayetlerde ise Divan-ı Temyiz kurulmuştur¹³⁶. Osmanlı hukukunda temyizi istenen bir şer'i mahkeme ilamının¹³⁷ mühürlerinin tatbiki ile verilen hükümlerin şer'i hukuk kaidelerine ve hukuka uygun olup olmadığı (şekle/usule ilişkin hususlar) Fetvahanede; şer'i mahkeme ilamının dava zabtıyla, gerçek durum ve olaylarla uyumlu olup olmadığı ve maddi hataların bulunup bulunmadığı ise (esasa ilişkin hususlar) *Meclis-i Tedkikat-ı Şer'îyye* de incelenirdi¹³⁸.

SONUÇ

Gerekçe, hâkim veya mahkemenin hükme nasıl vardığını ortaya koyan ve varılan hükmü hukuka, akla ve mantığa uygun bir şekilde izah eden bir temellendirme süreci veya delilleri (beyyine) sunma sanatı olarak ifade edilir. Soyut hukuk kuralını somut olaya uygulamak ve hükmü verdikten sonra verilen kararı gerekçeyle temellendirmek, hâkimin analitik bir düşünme ve diyalektik bir muhakeme faaliyeti gerçekleştirmesini gerekli hatta zorunlu kılar. Zira yargılama neticesinde bir karar vermek Heidegger'in ifadesiyle, "*sadece bir seçim yapmaktan ibaret değildir. Seçmek her zaman yalnızca önceden verilmiş olanı, kabul veya reddedilebilir olanı içermektedir. Oysa karar, başlı başına bir hukuki temellendirmeyi ifade eder*"¹³⁹.

131 Bingöl (2007), s.4.

132 Akça & Hülür (2007), s.252; Akça & Hülür (2006), s.314-315.

133 Ceyhan, s.59.

134 Beyazıt, Yasemin (2010) "Tanzimat Devri Şeyhülislâmlarından Meşrebzâde Arif Efendi ve Kadılık Kurumundaki İstihdam Sorunu", bilig Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 54, s.47-74, s.47; Ekinci (2000), s.483.

135 Bingöl (2007), s.4.

136 Akça & Hülür (2007), s.253; Ceyhan, s.56.

137 Ekinci (2000), s.490.

138 Ekinci (2004), s.23-27; Ekinci (2001a), s.59; Ekinci (2000), s.493.

139 Cengiz, s.78.

İslam ve Osmanlı hukuku mahkeme kararlarında gerekçe (esbab-ı mucibe) adı altında müstakil bir bölüm bulunmamaktadır. Fakat bu durum İslam ve Osmanlı hukukunda gerekçeye yer ve ehemmiyet verilmediği şeklinde anlaşılmalıdır. Zira gerek İslam hukuku pratiği gerekse Osmanlı mahkemelerinin kararları incelendiğinde yargılama neticesinde verilen kararların gerekçelendirilmesine (hukuki temellendirilmesine) ziyadesiyle önem verildiği ve her ne kadar karar metninde gerekçe adıyla ayrı bir bölüm bulunmasa da verilen kararların unsurları itibariyle gerekçeyi ihtiva eden bir nitelik arz ettiği görülecektir.

Bu çerçevede, hükmün delillerle temellendirilmesi (deliller üzerine bina edilmesi), gerekçe – mantık ilişkisi ve en nihayetinde gerekçenin sağlıklı bir yargısal denetime imkân sağlama bağlamındaki işlevi yani gerekçe – temyiz ilişkisi çerçevesinde ele alındığında, İslam ve Osmanlı hukukunda gerekçeye unsurları ve fonksiyonları itibariyle gereken önemin verildiğini ifade etmek yanlış olmaz. İslam hukukunun temel kaynaklarının (Kur`an, Sünnet, İcma) yargısal hükümlerin delillerle temellendirilmesi (gerekçelendirilmesi) gerektiği hususuna yaptığı vurgu ve bu kapsamda ortaya koyduğu kaideler ile Osmanlı hukukunun, gerekçeyle yakından ilgili olan mahkeme kararlarının kontrolüne ilişkin düzenlemeleri de bu yargıyı destekler ve kanıtlar niteliktedir.

Sonuç olarak, başta sorduğumuz soruya cevaben ifade etmek gerekir ki, İslam ve Osmanlı hukukundaki hâkim veya mahkeme kararlarında şekli açıdan gerekçe adı altında müstakil bir bölüm yer almasa da uygulamada, kararların gerekçelendirilmesine gereken özen gösterilmiş ve gerekçe, esas bakımından unsurları ve fonksiyonları itibariyle gerek İslam hukuku pratiğinde gerekse Osmanlı mahkemelerinin kararlarında yerini almıştır.

KAYNAKÇA

Akça, Gürsoy & Hülür, Himmet (2007) “Tanzimattan Cumhuriyete Siyasal ve Hukuksal Yapının Modernleşmesi”, Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Sayı: 21, s.235-269.

Akça,Gürsoy & Hülür, Himmet (2006) “Osmanlı Hukukunun Temelleri ve Tanzimat Dönemindeki Hukuksal Yeniliklerin Sosyo-Politik Dinamikleri”, Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Sayı: 19, s. 295-321.

Akiba, Jun (2007) “Kadılık Teşkilatında Tanzimat’ın Uygulanması: 1840 Tarihli Ta’limname-i Hükkâm”, Osmanlı Araştırmaları Dergisi, Sayı: XXIX, s.9-40.

Akgündüz, Ahmet (2011b) *Islamic Public Law (Documents on Practice from the Ottoman Archives)*, Rotterdam, IUR Press,.

Akgündüz, Ahmet (2011a) *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı: Kamu Hukuku (Anayasa – İdare – Ceza – Usul - Vergi – Devletler Umumi)*, Cilt: 1, İstanbul.

Akın, İbrahim (2007) “Adalet ve Akıl Yürütme Hataları”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:65, Sayı:2, s.220-225.

Akman, Mehmet (2004) *Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması*, Eren Yayıncılık, İstanbul.

Ansay, Sabri Şakir (1954) *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, İkinci Bası, Ankara, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kali. Ort.

Aşçıoğlu, Çetin (2003) “Yargıda Gerekçe Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 48, s.109-116.

B.a.l., C.R. Tyser & Demetriades, D.G. & Effendi, İsmail Haqqi (1967) *The Mejlle*, Lahore.

Berki, Ali Himmet (1969) “İslam’da Kaza Tarihi”, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 1, s.153-167.

Beroje, Sahip (2007) *Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından İslam İspat Hukuku*, Ankara, Fecr Yayınları.

Beyazıt, Yasemin (2010) “Tanzimat Devri Şeyhülislâmlarından Meşrebzâde Arif Efendi ve Kadılık Kurumundaki İstihdam Sorunu”, *bilig Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı: 54, s.47-74.

Bingöl, Sedat (2005) “Osmanlı Mahkemelerinde Reform ve Ceride-yi Mahkeme’deki Üst Derece Mahkeme Kararları”, *Tarih İncelemeleri Dergisi*, Cilt: XX, Sayı: 1, s.19-38.

Bingöl, Sedat (2007) “Vakâ-yi Zaptiyye Gazetesi ve İstanbul Mahkemeleri”, *İstanbul Üniversitesi Yakın Dönem Türkiye Araştırmaları*, Sayı: 11.

Cengiz, Erdal (2007) “Paradokslar ve Karar Verilemezlik”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:65, Sayı:2, s.77-81.

Centel, Nur & Zafer, Hamide (2010) *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Bası, İstanbul, Beta Yayınları.

Ceyhan, Muhammed (2011) “Tanzimat Donemi Sonrası Şeriyeye Sicil Defterlerinin Muhteva ve Diplomatik Acıdan Tahlili”, *OTAM*, Sayı: 29, s.49-82.

Ceylan, Yasin (2007) “Yargıç – Yasa – Karar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:65, Sayı:3, s.52-55.

Demir, Abdullah (2010) *Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi*, İstanbul, Hazine Yayınları.

Ergene, Bogac (2004) “Pursuing Justice in an Islamic Context: Dispute Resolution in Ottoman Courts of Law”, *PoLAR: Vol. 27, No. 1, American Anthropological Association*.

Ekinci, Ekrem Buğra (2005) “Osmanlı Devleti’nde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, Cilt 3, Sayı: 5, s.417-439.

Ekinci, Ekrem Buğra (2004) *Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleleri*, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi.

Ekinci, Buğra (2002) *Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü – Klasik Devir*, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi.

Ekinci, Ekrem Buğra (2001a) “Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, s.59-72.

Ekinci, Ekrem Buğra (2001) “İslam Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü – Kanun Yolları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı:1-2, s.65-158.

Ekinci, Ekrem Buğra (2000) “Mecelle’de Kanun Yolları” Argumentum, Sayı: 58, s.483-488.

Fabreguettes, M. P. (1945) Adalet Mantiğı ve Hüküm Verme Sanatı, Ankara.

Gümüş, Musa (2013) “Osmanlı Devleti’nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları”, Tarih Okulu, Sayı: XIV, s. 163-200.

Gündoğdu, Raőt (2011) “Osmanlı Mahkemesi Nasıl İşlerdi?”, Yedikıta Aylık Tarih ve Kùltür Dergisi, Sayı: 37.

Hakeri, Hakan, Geschichte des türkischen Strafrechts und ausländische Einflüsse auf die türkische Strafrechtsdogmatik, <https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02150100/IWAS/Materialien/Dtt_Hakeri.pdf> s.e.t. 13.04.2016.

Hallâf, Abdulvahhab (1973) İslam Hukuk Felsefesi (İlmu Usûli’l Fıkh), Kahire.

Heyd, Uriel (1973) Studies in Old Ottoman Criminal Law, Oxford At The Clarendon Pres.

Kaya, Süleyman (2005) “Mahkeme Kayıtlarının Kılavuzu: Sakk Mecmuaları”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, Cilt 3, Sayı: 5, s.379-416.

Kırca, Çiğdem & Uygur, Gülriz & Akın, Levent (2009) Norm Koyma ve Hüküm Verme, Ankara Hukuk Toplantıları, Ankara.

Koçhisarlıoğlu, Cengiz & Erişgin, Özlem (2009) Hukuki Düşünme ve Gerekçelendirme Mantiğı, in: Norm Koyma ve Hüküm Verme, Ankara.

Mesud, Muhammed Halid (1997) İslam Hukuk Teorisi, Çeviren: Muharrem Kılıç, İstanbul, İz Yayıncılık.

Mutçalı, Serdar (1995) Arapça – Türkçe Sözlük, İstanbul.

Örsten, Seda (2007) “Osmanlı Hukuk Tarihi Kaynağı Olarak Fetva Mecmuaları (Fatwa Collections As a Source of Ottoman Legal History)”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı: 4, (Güz), s.29-40.

Pacic, Jasmin (2009) Islamisches Strafrecht - Untersuchungen zur Rechtslehre und zur Rolle der Politik im Strafsystem der Scharia, 2. Auflage, Wien, Deutscher Informationsdienst über den Islam (DidI) e.V.

Peter, Rudolph (2005) Crime and Punishment In Islamic Law - Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century, New York, Cambridge University Press.

Schacht, Joseph (1964) An Introduction to Islamic Law, Oxford At The Clarendon Press.

Schirmmacher, Christine (2003) „Grundlagen des islamischen Strafrechts“, Zeitschrift der internationalen Gesellschaft für Menschenrechte, Sayı: 1, s.21-22.

Scholz, Peter (2002) „Islamisches Recht im Wandel am Beispiel des Eherechts islamischer Staaten“, in: Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin (Hrsg.), s.46-61.

Shapiro, Martin (1980) “Islam and Appeal”, California Law Review, Cilt: 68, Sayı: 2, s.350-381.

Tenger, Feyza (2006) İslâm Hukukunda Hâkimin Takdir Yetkisi Bağlamında Kendi Bilgisiyle Hüküm Vermesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.

Şahin, Cumhur & Göktürk, Neslihan (2013) Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Tellenbach, Silvia, “Islamic Criminal Law” : Dubber, Markus D. & Hörnle, Tatjana (2014) The Oxford Handbook of Criminal Law. Oxford, Oxford University Press.

Topçuoğlu, Ali Aslan (2010) “Mecelle Şârihi Ali Haydar Efendi'nin Hayatı ve Hukukçuluğu”, *Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi*, Cilt.28, s.329-350.

Ünver, Yener & Hakeri, Hakan (2014) *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi.

Yeğin, Abdullah (1997) *İslami – İlmi – Edebi – Felsefi Yeni Lûgat*, İstanbul.

Yerdelen, Erdal (2015) *Ceza Muhakemesinde Hükümün Gerekçesi*, Ankara, Adalet Yayınevi.

Yıldırım, Şahban (2012) “İslam Hukukunda Yargıç Etiği”, *e-Şarkiyat İlmi Araştırmalar Dergisi*, Sayı: VIII, s.33-50.

Yıldız, Özgür (2015) “Osmanlı Hapishaneleri Üzerine Bir Değerlendirme: Karesi Hapishanesi Örneği”, *Akademik Bakış Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 17, s.91-111.

Yılmaz, Ejder (2005) *Hukuk Sözlüğü*, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.

Yurtseven, Yılmaz & Şahin, Gamze Nur (2016) “Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Padişahın Yargı Yetkisi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı: 1, s.159-198.

OTTOMAN HUMAN RIGHTS PRACTICE: A MODEL OF LEGAL PLURALISM

Arş. Gör. Akif TÖGEL*

ABSTRACT

The Ottoman Empire was founded on a strategic area that conjunct Europe and Asia. Multicultural and multinational folk of Ottoman had ruled by Ottoman dynasty in tranquility for a long time. Tolerance and justice was main supporting determinants of state under the guidance of Islamic law. This paper explores whether or not Millet system was a successful idea to cohere different cultures. Millets were instituted by Sultan Mehmet II (Fatih) after he had conquered Istanbul (Constantinople) in 1453 and began to lose its importance with Tanzimat reforms through 1839. Ottoman citizens who related with different Millets had the rights like freedom of faith and religion. They were free to follow their traditions in their education system, marriage and other areas of indigenous life. Minorities of Ottoman had the chance to have their own minority courts and judges in their cases related to civil law, like heritage and family law as an early sample of legal pluralism.

Keywords: Legal Pluralism, Ottoman Administrative Regime, Millet System, Human Rights in Ottoman Empire

* Research Assistant of Constitutional Law, Faculty of Law, Yıldırım Beyazıt University. (akiftogel@gmail.com) I am indebted to Prof. Michel Rosenfeld for his helpful advice and comments on an earlier draft of this paper during my research at Cardozo Law School.

BİR ÇOK HUKUKLULUK MODELİ: OSMANLI İNSAN HAKLARI UYGULAMASI

ÖZET

Osmanlı İmparatorluğu Asya ve Avrupayı birbirine bağlayan stratejik bir bölge üzerinde kurulmuştur. Osmanlı Hanedanı, çok kültürlü ve çok uluslu Osmanlı halkını uzun bir süre huzur içerisinde yönetmiştir. İslam hukuku rehberliğindeki devletin temel destekleyici bileşenleri hoşgörü ve adalete dayanmaktaydı. Bu çalışma, farklı kültürlerin bir araya gelebilmeleri adına Millet sisteminin başarılı bir fikir olup olmadığını araştırmaktadır. Milletlerin kumsallaşmaları Sultan II. Mehmet'in İstanbul'u fethetmesinden sonra başlamış ve 1839 Tanzimat reformları ile önemini kaybetmeye başlamıştır. Çeşitli milletlerle ilişkilendirilen Osmanlı vatandaşları inanç ve din özgürlüklerine sahipti. Bu milletler geleneklerinin gereklerini eğitim sistemlerinde, evliliklerinde ve yerel hayatın diğer alanlarında takip etme imkanına sahipti. Çok hukukluluğun saf bir görünümü olarak Osmanlı azınlıkları, miras ve aile hukuku gibi özel hukuka dair davalarında kendi mahkeme ve hakimlerine başvurma imkanına sahipti.

Anahtar Kelimeler: Çok hukukluluk, Osmanlı İdari Rejimi, Millet Sistemi, Osmanlı'da İnsan Hakları

INTRODUCTION

What are the main mysterious words and ideas that governments establish on? These words mention the basic agents of state. Even if the government has multinational citizens and borders cover three continents, what should the clue words be? What was the key factor in Ottoman Empire that existed six centuries based on justice and tolerance?

This paper strongly suggests as an answer of the questions above that the miracle was related with the Ottoman administration regime called “Millet System”. This system created a peaceful atmosphere where both Muslims and non-Muslims lived together. Also millet system took its roots from justice which meant giving rights to whom qualifies them. This mentality of justice was the first appearance of legal pluralism in Ottoman empire. The people of Ottoman had a plural structure and consisted from different nations, religions and ideas. According to Griffiths, “a legal system is pluralistic when the ruler (monarch or sultan) commands or administration permits different bodies of law for different groups”¹. Within this plural context, Ottoman justice system effected from plurality. In this permissive plural court system some religious groups had their religious courts where they were allowed to apply their own religious law on their people.

This paper is going to clarify millet system from perspective of law in three parts. First part argues assortment of people through religion via millet system in Ottoman Empire. The Ottoman administration regime and rights for minorities is going to be examined in second part. Finally, the third part of this study analyzes the minority courts in Ottoman and their principles of choosing the right rule.

I. CLASSIFICATION THROUGH RELIGION

The Ottoman community was consisted from two groups as Muslims and non-Muslims. Religion was the main factor for defining the statute of people in the whole Ottoman community. However this place of people was absolutely neither a segregation² nor racism, it was only a kind of classification

-
- 1 Griffiths, John (1986) “What is Legal Pluralism”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, No:24, p.5.
 - 2 Masters, Bruce (2001) *Christians and Jews in the Ottoman Arab World*, 1. Edition, Cambridge, Cambridge University Press, p.16.

method. As a result of this idea, common religious groups were organized into millet. Millet is an arabic word and its meaning in Quran refers to religious community. Millet represents that the Ottomans assumed themselves the guardians of multiple nations. These religious groups were considered its own millet, with plural millets existing in the empire.

In the Quran, millet frequently refers to the “millet Ibrahim”, meaning the religion of Abraham and rarely as millet for only Judaism or Christianity³. The term Millet was never used for describing a race or a society that using the same language; it was used as an administrative and cultural term for the people of a belief or sect⁴. Millet system acknowledges a non-Muslim community, based primarily on its religion, and not by “ethnicity”, living in the Ottoman Empire under the orientation of their religious leaders. Ottoman citizens who belonged to these millets were free to exercise their religion and follow their own traditions in their schools, marriage acts and other areas of domestic life. They were free to practice all these rights while being absolutely loyal to the state⁵.

A. RIGHTS AND FREEDOMS OF NON MUSLIMS

The way to understand the position of Jews and Christians during Ottoman Empire era is to describe their official legal statutes. These two groups were a part of non-Muslim community and considered ahl al-kitab (people of the book). As such, their treatment may have differed from that of polytheistic believers (non ahl al-kitab) under Ottoman rule, since Muslims accepted the prophets of Christianity and Judaism. Both ahl al-kitab and non ahl al-kitab community were called “teb’a”, or “subject of ottoman”⁶.

According to Islamic law, non-Muslims were separated into two main groups for the perspective of relations between Muslims and non-Muslims. The non-Muslims that do not have a treaty of nonaggression or peace with

3 Quran; 2/120, 2/130, 2/135, 3/95 (English Translation: Saheeh International, Jaddah, 2004)

4 Eryılmaz, Bilal (1992) Osmanlı Devletinde Millet Sistemi, 1. Edition, Istanbul, Ağaç, p.11.

5 Tas, Latif (2014) “The Myth of the Ottoman Millet System: Its Treatment of Kurds and a Discussion of Territorial and Non-Territorial Autonomy”, International Journal on Minority and Group Rights, Vol.21, p.498.

6 Faroqhi, Suraiya (2007) Subjects of the Sultan, 1. Edition, London, I.B. Tauris, p.12; Eryılmaz, p.14.

Muslims called ahl al-harb, or “inhabitants of house of war”. On the other hand; those that do have treaty of peace are called ahl al-ahd, or “inhabitants of house of peace”. Finally, ahl al-ahd were composed from three groups; ahl al-dhimma, ahl al-mu’ahad and ahl al musta’min (the people of dhimma, mu’ahad and musta’min).

Ahl al-dhimma was referring non-Muslim citizens of an Islamic state and they were protected by Ottoman administration. Dhimma allows rights of residence in return for taxes⁷. Ahl al-mu’ahad was non-Muslims who had treaty of peace with Muslims. Lastly, ahl al-musta’min was legal aliens who had temporary permit of residence less than one year. Both ahl al-dhimma’s and ahl al-musta’min’s freedoms have to be protected by the Islamic government as Muslim rights.

1. Right to Life and Personal Security

As a result of being under shield of Islamic state, these two groups (ahl al-dhimma and ahl al-musta’min) were seen “guests” and their rights were regulated according to their responsibilities. Quran mentions right to life for all people in a verse; “...whoever kills a soul unless for a soul or for corruption in the land - it is as if he had slain mankind entirely. And whoever saves one - it is as if he had saved mankind entirely...»⁸.

Another verse is related to personal security; “...you who have believed, do not enter houses other than your own houses until you ascertain welcome and greet their inhabitants. That is best for you; perhaps you will be reminded”⁹. It is deducible that both Muslims and non-Muslims have the right to life, security of person and property, also their life and commodity was protected by Islamic government as Muslims¹⁰.

7 Glenn, H. Patrick (2007) *Legal Traditions of the World*, 3. Edition, New York, Oxford University Press, p.174.

8 Quran; 5/32.

9 Quran; 24/27.

10 Hacımuftuoğlu, Nasrullah (2007) “Kur’an Toplumunda Gayrimüslimlerin Hak ve Yükümlülükleri”, *Kur’anın Farklı İnanç Mensuplarına Yaklaşımı*, 1. Edition, Konya, Konya İlahiyat Derneği Yayınları, p.104.

2. Freedom of Religion, Conscience and Worship

The most important freedom for Muslims and non-Muslims was freedom of religion, worship and conscience. According to Quran, Prophet Muhammad's mission was only warning; "...so remind, [O Muhammad]; you are only a reminder"¹¹ and "...there shall be no compulsion in [acceptance of] the religion"¹². Mawdudi, who is a Muslim scholar, states that "all non-Muslims have the freedom of conscience, opinion, expression, and association as the one enjoyed by Muslims themselves, subject to the same limitations as are imposed by law on Muslims. In their own towns and cities, they are allowed to practice their religion with the fullest freedom. However Islamic State has full discretion to put such restrictions on their practices as it deems necessary"¹³.

In addition to two freedom categories above, military service was mandatory for Muslims but was not for non-Muslims. However, some non-Muslims served in military against to fiqh.¹⁴ They also can work in public offices as an interpreter or diplomat and get equal salary as Muslims¹⁵. Non-Muslims had their own courts and judges in their cases related to family law, like personal matters of marriages and divorces, as an early sample of legal pluralism. They were free to make an application to their own religious courts and Christian sects have the right to determine the outcome of each case¹⁶.

B. RESPONSIBILITIES OF NON MUSLIMS

In return of rights and freedoms that given to non-Muslims most important responsibility of them was paying jizyah. Jizyah was a kind of annual security tax, to be charged on strong and healthy adult males of military age and affording power with some specific exemptions. It was not mandatory for women, slaves, children, religious officers, poor and disabled people.

11 Quran; 88/21.

12 Quran; 2/256.

13 Mawdudi, S. Abul 'Ala' (1941) *Islamic Law and Constitution*, Lahore, cited in Saeed, Abdullah (1999) "Rethinking Citizenship Rights of Non-Muslims in an Islamic State: Rashid al-Ghannushi's contribution to the evolving debate", *Islam and Christian-Muslim Relations*, Vol.10, p.316.

14 Ercan, Yavuz (2001) *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler*, 1. Edition, Ankara, Turhan, p.202.

15 Eryılmaz, p.15; Ercan, p.203.

16 Shahid, Samuel "Rights of non-Muslims in an Islamic State", <<http://www.answering-islam.org>>, l.a.d. 02/13/2016.

Non-Muslims do not pay jizyah while they are serving for military with their own requests¹⁷.

Jizyah also was a result of dhimma contract which is an integral part of traditional Islamic sharia law. Some scholars¹⁸ believe that, jizyah is sanctioned by Qur'an, based on the verse which came after the conquest of Makkah: "Fight those who believe not in Allah nor the Last Day, nor hold that forbidden which hath been forbidden by Allah and His Messenger, nor acknowledge the religion of Truth, (even if they are) of the People of the Book, until they pay the jizyah with willing submission, and feel themselves subdued"¹⁹. Since the verse does not describe what jizyah means, hadith texts (words of Prophet Muhammad) that are needed to provide the definition. Jizyah is mentioned a number of times in the hadith, as Sahih Muslim state that "Muhammad commanded his military leaders to demand jizyah from non-Muslims if they refused to accept Islam and to fight them if they refused to pay"²⁰. Non-Muslims end paying jizyah when they become Muslim,²¹ also religious staff of non-Muslims do not pay jizyah.²²

The other responsibility for non-Muslims was to pay a tax of income and a tax on agricultural land called "kharaj". Tax of income was only for rich non-Muslims and the amount was 5 percent of their income. Kharaj was derived from prophet Muhammad's and his caliphate's (successor to Prophet Muhammad) practice and was differing people to people in relation to their land's size and productivity²³.

The last obligation for non-Muslims was to respect faith and symbols of Muslims. This responsibility was also recommended to Muslims in a verse of Quran; "And do not insult those they invoke other than Allah, lest they insult Allah in enmity without knowledge"²⁴. In this way being respectful is a result of living together in a community. It was a reason for termination of dhim-

17 Eryılmaz, p.16.

18 Hacımüftüoğlu, p.101; Cin, Halil&Akgündüz, Ahmet (1995) Türk Hukuk Tarihi-Özel Hükümler, Konya, Selçuk Üniversitesi Yayınları, p.312.

19 Quran 9:29.

20 Muslim bin Haccac, Sahih Muslim, Book 19, Number 4294. <<http://hadithcollection.com/sahihmuslim/147>>, l.a.d. 3/1/2016.

21 Ercan, p.253.

22 Kenanoğlu, M.Macit (2012) Osmanlı Millet Sistemi: Mit ve Gerçek, 3. Edition, Istanbul, Klasik, p.387.

23 Hacımüftüoğlu, p.103.

24 Quran; 6:108.

ma contract if non-Muslims insult to Allah, Prophet Muhammad and Quran in public or violate their responsibilities. However they were free to eat pork meat and drink alcoholic beverages like wine that are forbidden in Islam²⁵. On the other hand, the Ottoman administration did not want Muslims hear their prayers and non-Muslims are not allowed to pray or read their holy books loudly at home or in churches. Printing religious books or selling them in public places and markets was also prohibited, but they were allowed to publish and sell them among their own people, in their religious places like churches and temples. Non-Muslims are not authorized to put the cross on their houses or churches since it is a symbol of infidelity²⁶, also they were not allowed to build new churches and live near mosques²⁷.

There is no consensus on restriction of dress code for non-Muslim community. Some scholars believe that it is not a regulation in Sharia law and that was an administrative rule for non-Muslims in early period of Islam and in Ottoman Empire until Tanzimat reforms. On the other hand, some scholars argue that non-Muslims have freedom of costume providing not to look like Muslims, their names and haircuts had to be different, their buildings had to be lower than Muslims²⁸.

II. OTTOMAN ADMINISTRATION REGIME AND MILLET SYSTEM

Millet system has been used to identify for the administrative and legal status of non-Muslims from the Ottoman Empire 15th through 20th century. Before the conquest of Istanbul (Constantinople) as capital in 1453, basic rights that given to non-Muslims were framed by Islamic law. Sultan Mehmed II (Fatih-Conqueror of Istanbul) restored, repopulated the city and established a gradual system based on religious tenets. The millet system has been used by scholars to clarify for the Ottoman administration of this diversity. At the head of each group (millet) there was a religious leader (kethuda-administrator), chosen by his community, nominated spiritual, legal, and political authority over own community²⁹.

25 Eryılmaz, p.17.

26 Ercan, p.241; Hacımüftüoğlu, p.111.

27 Findley, Carter V. (1980) *Bureaucratic Reform in the Ottoman Empire*, Princeton, cited in Faroqi, p.25.

28 Ercan, p.179-181; Akyılmaz, Gül (2002) "Osmanlı Devletinde Gayrimüslimlerin Hukuki Statüsü", *Ermeni Araştırmaları Türkiye Kongresi*, 20 Nisan 2002, Tebliğ, <<http://www.sadikcan.com/osmanli-devletinde-gayrimuslimlerin-hukuki-statusu.html>>, l.a.d. 3/18/2016.

29 Eryılmaz, p.20.

After conquest of Istanbul, Sultan Fatih declared an edict for all residents, especially for non-Muslims that; “Let nobody bother or disturb those who are mentioned, not their churches. Let them dwell in peace in my empire. And let those who have become refugees be and safe. Let them return and let them settle down their monasteries without fear in all the countries of my empire”³⁰. The view in this edict shows that there is no segregation or any kind of disjunctive action under Ottoman regime.

While the Muslim society composed from single Millet, -religious minorities-the non-Muslims grouped into three. These main groups were the Orthodox Greeks, the Armenians and the Jews. These three recognized and legally protected groups, in which they were granted had an extended internal autonomy in financial, judicial and cultural issues. Leaders of religious groups were the sole agents of their communities to the Ottoman empire³¹. This internal autonomy was not a sign of lack of power in state administration, in contrast it was a sign of strength.

A. RIGHTS FOR ORTHODOX CHURCH

Sultan Fatih started to configure the non-Muslim Ottoman community, supporting the Orthodox Church first of all. This strategy was toning East Church up (Orthodox) more than (against) Roman Catholic Church. Patriarch of Orthodox Church was chosen representative of Orthodox millet and accepted as an Ottoman pasha (officer). He had given a higher degree and right to attend Divan-ı Humayun (Imperial Council) in Ottoman hierarchy. Ottoman administration was responsible to provide safety for Patriarch and guards was assigned for this reason³².

Same rights and freedoms were given to non-Muslims which live in the other regions of empire by Sultan Fatih as non-Muslims in Istanbul. From this aspect, the edict is well-known that issued for Bosnian Christians including the rights of protection of life and property.

30 Inalcık, Halil (1998) “Ottoman Galata 1453-1553”, *Essays in Ottoman History*, 1. Edition, İstanbul, Eren, p.276.

31 Şeker, Nesim (2005) “Identity Formation and The Political Power In the Late Ottoman Empire and Early Turkish Republic”, *HAOL*, No. 8, p.60.

32 Eryılmaz, p.21.

B. RIGHTS FOR ARMENIANS

Armenians that live in Istanbul were dealing with trade and recognized as millet after the conquest of Istanbul. They were given as same rights and freedoms as Orthodox church, but in Ottoman hierarchy they were in the second ranking after Orthodox. Armenian Patriarchate in Istanbul became center of religion and administration of Armenians. For this indulgent atmosphere, one hundred and fifty thousand Armenian people were living in Istanbul in 19th century³³. Patriarch of Armenians had the right to attend Divan-ı Humayun as Patriarch of Orthodox Church.

C. RIGHTS FOR THE JEWS

The religious representative for Jewish community is called Hakham Bashi (Chief Rabbi) in Ottoman Empire. The institution of the Hakham Bashi was established by Sultan Fatih, as part of his policy of governing his exceedingly diverse subjects according to their own laws and authorities like Orthodox and Armenians. European Jews under persecution had migrated to Ottoman Empire because of the autonomy that given to Jewish community. Human rights based Ottoman policies for non-Muslims made possible the significant economic and social improvement of the Jewish communities in the empire. These groups were preserved by Ottoman administration against popular hatred, and particularly from blood libels³⁴. Jewish Hakham Bashi also had the right to attend Divan-ı Humayun like the other religious leaders.

D. ALTERATION IN MILLET SYSTEM AND TANZIMAT

The Tanzimat (literally means reorganization) of the Ottoman State was a term of reformation activity which started in 1839 and ended with the First Constitution of Ottoman in 1876. The Imperial Edict of Gulhane (Tanzimat), stated that Sultan wished “to bring the benefits of a good administration to the provinces of the Ottoman Empire through new institutions”, and that these institutions would principally refer to; guarantees to provide the minorities

33 McCarthy, Justin (2001) “The Population of The Ottoman Armenians, The population of the Ottoman Armenians” *The Armenians in The Late Ottoman Period*, (ed. Türkkiye Ataöv), Ankara, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Başkanlığı, p.67.

34 Hacker, Joseph (1982) “Ottoman Policy Toward the Jews and Jewish Attitudes toward the Ottomans during the Fifteenth Century”, *Christians and Jews in the Ottoman Empire*, (ed:Benjamin Braude&Bernard Lewis, 1. Edition, New York, Holmes & Meier Publishers, p.117.

perfect safety for their lives, dignity, and property. The reforms reached highest level of privileges for minorities in 1876 with the enactment of new constitution limiting the authority of the Sultan³⁵.

Between these thirty-seven years reform period, main Ottoman institutions were reorganized; some laws were codified; western type education, dress style, architecture and lifestyle were supported. This reorganization and increase of public institutions resulted in a big lack of qualified person and the number of bureaucrats excessively rose in the Ottoman Empire. By the Tanzimat period, Ottomans wanted to establish a centralized state in order to boost their direct control on citizens and to improve the legitimacy of Ottoman rule³⁶.

A new court system was mounted to Ottoman legal system after Tanzimat called Nizamiye courts. Because of the French impression during this period, these courts were inspired by French legal system. Nizamiye courts were designed to solve criminal, civil and commercial disputes. According to Rubin, “the introduction of the new courts required a new division of labor in the judicial area and signified the end of the Islamic courts, which had been the fundamental institutions of the Ottoman judicial system for centuries”³⁷.

E. CONSTITUTION OF 1876 AND HUMAN RIGHTS

After a huge reform period, the first constitutional document of Ottoman Empire, Constitution of 1876 (Ottoman Basic Law of 1876-Kanun-u Esasi) was announced by an edict of Sultan Abdülhamid II. Constitutionality of this edict is questionable yet there is no social contract between citizens and Ottoman administration. However it is clear that, this document is a big step towards democratic constitutional state which limits the power of Sultan.³⁸

The significance of Kanun-u Esasi in terms of legal pluralism is hidden through its articles. Basic human rights are regulated between articles 8 and 26. As mentioned above Ottoman administration regime is based on Millet

35 Cleveland, William L.&Bunton, Martin (2009) A History of The Modern Middle East, 4. Edition, Philadelphia, p.82.

36 Eryılmaz, p.57.

37 Rubin, Avi (2007) “Legal Borrowing and Its Impact on Ottoman Legal Culture in The Late Nineteenth Century”, *Continuity and Change*, Vol.22, p.279; Ekinci, Ekrem Buğra (2000) “Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri”, *Yeni Türkiye*, S.31, p.769.

38 Tanör, Bülent (2015) *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)*, 27. Edition, Istanbul, Yapı Kredi Yayınları, p.111.

system and most of rights and freedoms of citizens and other millets were recognized formerly. But legal pluralism practice of Ottoman weakened with the articles 17 and 89 which are related to equality before the law and extraordinary courts.³⁹ Because by its very nature legal pluralism offers not equality but justice and principle of equality before law requires one legal and one court system. Additionally, the article that prohibits extraordinary courts also blocks the way to plural legal orders and quasi legal organizations.

From the human rights perspective, Ottoman constitution of 1876 contains many fundamental rights and freedoms. Constitutional citizenship was one of these rights. According to article 8, all subjects of Ottoman are Ottoman citizens, regardless of their ethnic, linguistic and religious belonging.⁴⁰ Personal liberty and security is recognized with articles 9 and 10 of the constitution while articles 11 and 12 regulated freedom of worship and press.⁴¹ The other rights in this part constitution were; right to petition, freedom of teaching, taxing in proportion to financial power, immunity of residence, legal judicial process, right to vote and stand for election, right to legal remedies and principle of public hearing.⁴²

Ottoman administration made several amendments to constitution of 1876 in 1908. Basic rights and freedoms in Ottoman Empire were guaranteed after these vital amendments. Also freedom of assembly and right to form association were added to constitution.⁴³ One can easily express that, basic rights and freedoms were protected by Ottoman constitution of 1876 after 1908 amendments comparing with other contemporary constitutions around world.

III. MINORITY COURTS AND CHOOSING THE RIGHT RULE

The reflection of legal pluralism in Ottoman Empire was seen in minority (non-Muslim) religious courts, which is a great opportunity to reach fair judgment. This pluralistic frame in Ottoman was in weak sense. For being

39 Tanör, p.122.

40 Konan, Belkis (2011) "İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Açısından Osmanlı Devletine Bakış", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol.XV/4, p.264.

41 Konan, p.277.

42 Bozkurt, Gülnihal (1996) *Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 2. Edition, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, p.18.

43 Mumcu, Ahmet&Küzeci, Elif (2011) *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, 5. Edition, Ankara, Turhan, p.174.

only recognized by the state administration leads weak legal pluralism. Also legal pluralism was justified as a method of governance on pragmatic Ottoman government.⁴⁴ This method also can be called simple legal pluralism because non-Muslims have a chance to choose their own religious courts or Islamic courts for their cases.⁴⁵ Despite this freedom, most of the non-muslim community members were preferring Islamic courts and the reason of this choice is unclear. According to Schick, sharia law was the only main and officially recognized law in Ottoman empire. Non-muslims were free to choose their religious courts, however they were not autonomous,⁴⁶ exclusively their own rules have to be applied if they choose their courts. Likewise, judgment with fairness was ordered by Quran; "...so if they come to you, [O Muhammad], judge between them or turn away from them. And if you turn away from them-never will they harm you at all. And if you judge, judge between them with justice. Indeed, Allah loves those who act justly"⁴⁷. Islamic courts may enforce both religious laws of minorities and Islamic law. Under this status the judges in religious courts were like an arbitrator.⁴⁸

It is hard to decide the law to apply when there is a conflict of laws between Muslims and non-Muslims. According to Hanafi Jurists, Shariah law is mandatory to be applied both Muslims and non-Muslims in fields of property law, contract law and commercial law. On the other hand there are two options for non-Muslims to prefer their own rules or Shariah rules for judgment in family law⁴⁹.

The importance of choice of law is observed when parties of the case are Muslim and non-Muslim. There are four conjunction points that guide judges in Islamic law. First point is religion that most of scholars recommend choosing Islamic law for Muslims regardless where he or she resides. However, religion has importance for non-Muslims if the case is related with family law, their own rules of religion is applied at this time. Second point is nationality, such as Islamic law is completely applied in proceedings of ahl al-dhimma because of being subjects of Ottoman. Third conjunction base in conflict of

44 Griffiths, p.5.

45 Ercan, p.247.

46 Schick, Irvin Cemil (1987) "Osmanlı İmparatorluğunda Yahudiler", Tarih ve Toplum, Vol. 43 cited in Kenanoğlu, p.55.

47 Quran; 5/42.

48 Kenanoğlu, p.397.

49 Cin-Akgündüz, p.324; Ercan, p.248.

law is the place of transaction or action, because according to some Islamic jurists, crimes which act in dar-al harb (house of war) subject to prosecute in dar-al Islam (house of peace). Fourth and the last point is place of property, for landed property which belongs to non-Muslim in dar-al harb is transferred to treasure of Islamic state after conquest⁵⁰. Law of personality is correlated with family law, law of inheritance and law of individuals. Choosing the right rule and deciding with justice is important in dispute resolution between Muslims and non-Muslims.

A. CONTRACT OF MARRIAGE

Marriage between a Muslim man and a non-Muslim woman who belongs to ahl-al kitab (both ahl-al dhimma and ahl al-musta'min) is permitted by Islamic law. However, it is not appropriate to Islamic law that a Muslim man can not marry with a woman who is non-Muslim and non-ahl al kitab. A baby who born from a marriage of Muslim man and non-Muslim woman, is identified as Muslim attached to father. On the other hand, a Muslim woman's marriage with a non-Muslim man absolutely forbidden by Shariah law.

Marriage between non-Muslims can be examined in three groups depending on their validity. In first category, there is no controversy in a marriage which is admissible for both Islamic and non-Muslim religious law. In second group, a valid marriage according to Islamic law is acceptable even if it is not valid for non-Muslim religious law. In third and more complicated group, there is two additional possibilities in a marriage that is valid only for non-Muslim religious law. In first possibility, marriage is valid unless couples do not make an application to Islamic court or they do not accept Islam as a religion. In second possibility, according to Ebu Hanifa, previous marriage is valid for Islamic law, if they become Muslim or make an application to Islamic court. On the contrary, the other jurists propose that married couples have to be separated and a new marriage have to be established in this last possibility⁵¹.

B. MAHR IN MARRIAGE

Mahr is the amount of gift which to be paid by the groom to the bride at the time of marriage. There are two types of mahr and some of which may

50 Karaman, Hayrettin (2003) *Mukayeseli İslam Hukuku*, 3. Edition, İstanbul, İz, Vol.3, p.367-370.

51 Cin-Akgündüz, p.325.

be suspended by the agreement of spouses. According to Prophet Mohammad; “The mahr is for her to spend as she wishes. It can be cash, jewellery or any other valuable gift, even an iron ring can be mahr”⁵². Mahr does not have to be money however the amount of mahr often determined by gold or silver. This property belongs to the wife, so it is not a bride price, and according to Freeland “comparisons with western ideas of contractual consideration should be avoided”⁵³.

Non-Muslims in Ottoman empire may determine an amount or valuable thing similar to mahr. There is no conflict between Muslim and non-Muslim laws if the determination is appropriate to Islamic law. However, even if mahr is a banned object like pork or wine and it is delivered to bride, it is accepted as a valid mahr but if it is not delivered yet, there is dissidence between Muslim jurists. Ebu Hanifa suggests that Islamic court has to enforce non-Muslim religious law to this case and accept the determination between couples, even though this kind of mahr is banned in Islamic law. The other Muslim jurists recommend that forbidden mahr has to be transformed to another equivalent object or amount⁵⁴.

C. END OF MARRIAGE

Ending a marriage has not perceived appropriate by Islamic community and the reasons for ending marriage act is limited. First type for ending marriage is initiating divorce procedure by man called talaq. The Muslim husband may launch the divorce process by pronouncing the words of talaq three times. The first two times the talaq is pronounced, it may be withdrawn. But the third time it is pronounced, the divorce is irrevocable. The other type of divorce is launched by woman and when a woman has initiated a divorce it is called khula. Khula is the right of a woman in Islam to seek a divorce or separation from her husband. A Muslim woman may consult to a muslim judge (qadi courts) or out of Islamic areas an Islamic community court, to confirm her divorce if the husband refuses⁵⁵. This kind of divorce procedure has been applied by Islamic Sharia Council to Muslim community in Britain since 1982.⁵⁶

52 Sahih Bukhari, Hadith 7.62.72, <http://www.sahih-bukhari.com/Pages/Bukhari_7>, l.a.d. 3/25/2016.

53 Freeland, Richard (2006) “The Islamic Institution of Mahr and American Law”, *Gonzaga Journal of International Law*, Vol.4, p.2.

54 Cin-Akgündüz, p.326.

55 Karaman, Hayrettin (2006) *Hayatımızdaki İslam*, Vol.2, <<http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/hayat2>>, l.a.d. 3/28/2016.

56 <www.islamic-sharia.org>, l.a.d. 4/2/2016.

Most of Islamic jurists argue that talaq is acceptable when initiated from both dhimmas and musta'mins. Conversion is another reason for ending a marriage in Judaism and Christianity, therefore couples have been judged according to their religious law in Islamic courts of Ottoman. There is no need to make a new contract of marriage if both husband and wife become Muslim. However, it depends on who changes religion if one of them switches to Islam. In first possibility, previous marriage continues if only husband becomes Muslim and wife belongs to ahl al-kitab. In second possibility, continuation of marriage depends on husband's choice if only wife becomes Muslim. In this situation, husband will be offered to accept Islam and previous marriage continues if he agrees this proposal or previous marriage annuls with judge's decision if he denies⁵⁷.

D. PERIOD OF WAITING (IDDAH), ALIMONY (NAFAQA) AND GUARDIANSHIP

Iddah is the period of women has to observe after the death of her spouse or after a divorce, during which she may not marry another man. This period is referred in a verse; "And those who are taken in death among you and leave wives behind-they, [the wives, shall] wait four months and ten [days]. And when they have fulfilled their term, then there is no blame upon you for what they do with themselves in an acceptable manner"⁵⁸. Non-Muslim woman who divorce from Muslim man, has to wait as Muslim women. However, she should be judged according to her religious rules (there is different waiting periods in Judaism and Christianity) if non-Muslim woman divorce from a Musta'min or Dhimma man⁵⁹.

The paternity rules of non-Muslims had applied to both ahl-al Musta'min and Dhimma. They have the same guardianship rights as Muslims except two situations. In first situation, juvenile has to be separated from non-Muslim relative and placed next to Muslim relative if non-Muslim relatives suggest against Islam. In second, child has to be transferred next to Muslim relative after he or she reaches age of seven as well.

57 Cin-Akgündüz, p.327.

58 Quran, 2; 234.

59 Cin-Akgündüz, p.328.

According to Muslim Jurists, there is no difference between Muslim and non-Muslims in dept of nafaqa to wife. On the other hand, the dept ends if non-Muslim wife does not belong to ahl al-kitab. The marriage has to be valid, if non-Muslim couples apply to Islamic court for decision of alimony. Most of the Muslim jurist also suggests that;⁶⁰ Muslim man or woman have to support their children, grandson, parents and grandparents (relative support) after end of marriage, even if these people are poor. There is no difference between Muslims and non-Muslim ahl al-kitab qualifying relative support, nevertheless except close relatives like parents, grandparents, children and grandson, Muslim man or woman do not have to pay nafaqa to other relatives like siblings, cousins, uncles and aunts if they are non-Muslim.

E. TESTAMENT AND HERITAGE

Testaments of ahl al-dhimma which intended to worship or charity are valid even if they have written in favor of Muslims or non-Muslims. Testaments of ahl al-musta'min had same status as testaments of ahl al-dhimma, which have written in favor of their relatives who live in Islamic country.

Heritage between ahl al-dhimma is valid if they are members of same religion. Most of Muslim jurist notes that heritage also valid if people in ahl al-dhimma belongs different religion. On the other hand, heritage is possible between ahl al-dhimma and ahl-al musta'min according to some Muslim jurist except Hanafi. For belonging different religion, heritage is impossible between Muslims and non-Muslims⁶¹. Decisions of Islamic courts were guided from these principles above.

CONCLUSION

The idea of legal pluralism is formed in multinational and multicultural societies. As an early sample of plural legal order, Ottoman millet system was an equilibration of rights and responsibilities for non-Muslims. The separation of Muslims and non-Muslims meant neither discrimination nor inequality. Ottoman administration was always fair-minded to minorities as seen in the right to be judged according to their religious laws. All non-Muslims have

60 Cin-Akgündüz, p.329.

61 Karaman (2003) p.404.

the freedom of conscience, opinion, expression and association, subject to the same limitations as are imposed by law on Muslims.

The Ottoman experience was a good model for multinational states that in force between 15th and 20th centuries. Ottoman subjects who belonged to millets were free to exercise their religion and follow their own traditions in their education, marriage, method of sharing inheritance and other areas of domestic life. To give freedom and chance to live together in peace is a smart way to gain loyalty of minorities to the state. Otherwise it should never be possible to control a huge land for a long time without oppression and persecution. This regime is considered to be derived from an extension of the Islamic notion of dhimma; classification of Muslims and non-Muslims is a result for this situation.

Some scholars in the opposing may argue that the non-Muslim communities had to accept a second class, inferior status in millet system. However, I insist that there is social stratification neither in law system nor in practice in Ottoman community. Non-Muslims have most of the basic rights like; right to life and personal security, they also can work in public offices and get equal salary as Muslims.

This paper concludes that, millet system and dhimma system was successfully applied to minority groups in Ottoman Empire. The control of system was in hands of Ottoman administration until Tanzimat reforms and stream of nationalism. As a simple kind of legal pluralism, millet system was approved for being alternative cure for multicultural and multinational states.

BIBLIOGRAPHY

Akyılmaz, Gül (2002) “Osmanlı Devletinde Gayrimüslimlerin Hukuki Statüsü”, Ermeni Araştırmaları Türkiye Kongresi, 20.04.2002, Tebliğ, <<http://www.sadikcan.com/osmanli-devletinde-gayrimuslimlerin-hukuki-statusu.html>>, l.a.d. 3/18/2016.

Bozkurt, Gülnihal (1996) *Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 2. Edition, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları.

Cin, Halil&Akgündüz, Ahmet (1995) *Türk Hukuk Tarihi-Özel Hükümler*, Konya, Selçuk Üniversitesi Yayınları.

Cleveland, William L.&Bunton, Martin (2009) *A History of The Modern Middle East*, 4. Edition, Philadelphia.

Ekinci, Ekrem Buğra (2000) “Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri”, *Yeni Türkiye*, S.31.

Ercan, Yavuz (2001) *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler*, 1. Edition, Ankara, Turhan.

Eryılmaz, Bilal (1992) *Osmanlı Devletinde Millet Sistemi*, 1. Edition, İstanbul, Ağaç.

Faroqhi, Suraiya (2007) *Subjects of the Sultan*, 1. Edition, London, I.B. Tauris.

Findley, Carter V. (1980) *Bureaucratic Reform in the Ottoman Empire*, Princeton.

Freeland, Richard (2006) “The Islamic Institution of Mahr and American Law”, *Gonzaga Journal of International Law*, Vol.4.

Glenn, H. Patrick (2007) *Legal Traditions of the World*, 3. Edition, New York, Oxford University Press.

Griffiths, John (1986) “What is Legal Pluralism”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, No:24.

Hacıümüftüoğlu, Nasrullah (2007) “Kur’an Toplumunda Gayrimüslimlerin Hak ve Yükümlülükleri”, *Kur’an’ın Farklı İnanç Mensuplarına Yaklaşımı*, 1. Edition, Konya, Konya İlahiyat Derneği Yayınları.

Hacker, Joseph (1982) “Ottoman Policy Toward the Jews and Jewish Attitudes toward the Ottomans during the Fifteenth Century”, *Christians and Jews in the Ottoman Empire*, (ed:Benjamin Braude&Bernard Lewis, 1. Edition, New York, Holmes & Meier Publishers.

Inalcık, Halil (1998) “Ottoman Galata 1453-1553”, *Essays in Ottoman History*, 1. Edition, İstanbul, Eren.

Karaman, Hayrettin (2003) *Mukayeseli İslam Hukuku*, 3. Edition, İstanbul, İz, Vol.3.

Karaman, Hayrettin (2006) Hayatımızdaki İslam, Vol.2, <<http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/hayat2>>, l.a.d. 3/28/2016.

Kenanoğlu, M.Macit (2012) Osmanlı Millet Sistemi: Mit ve Gerçek, 3. Edition, İstanbul, Klasik.

Konan, Belkıs (2011) “İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Açısından Osmanlı Devletine Bakış”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. XV/4.

Masters, Bruce (2001) Christians and Jews in the Ottoman Arab World, 1. Edition, Cambridge, Cambridge University Press.

Mawdudi, S. Abul `Ala' (1941) Islamic Law and Constitution, Lahore.

McCarthy, Justin (2001) “The Population of The Ottoman Armenians, The population of the Ottoman Armenians” The Armenians in The Late Ottoman Period, (ed. Türkkaya Ataöv), Ankara, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Başkanlığı.

Mumcu, Ahmet-Küzeci, Elif (2011) İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, 5. Edition, Ankara, Turhan.

Muslim bin Haccac, Sahih Muslim, Book 19, Number 4294. <<http://hadithcollection.com/sahihmuslim/147>>, l.a.d. 3/1/2016.

Quran; 2/120, 2/130, 2/135, 3/95 (English Translation: Saheeh International, Jaddah, 2004)

Rubin, Avi (2007) “Legal Borrowing and Its Impact on Ottoman Legal Culture in The Late Nineteenth Century”, Continuity and Change, Vol.22.

Saeed, Abdullah (1999) “Rethinking Citizenship Rights of Non-Muslims in an Islamic State: Rashid al-Ghannushi's contribution to the evolving debate”, Islam and Christian-Muslim Relations, Vol.10.

Sahih Bukhari, Hadith 7.62.72, <http://www.sahih-bukhari.com/Pages/Bukhari_7>, l.a.d. 3/25/2016.

Schick, Irvin Cemil (1987) ‘Osmanlı İmparatorluğunda Yahudiler’, Tarih ve Toplum, Vol. 43.

Şeker, Nesim (2005) “Identity Formation and The Political Power In the Late Ottoman Empire and Early Turkish Republic”, HAOL, No. 8.

Shahid, Samuel “Rights of non-Muslims in an Islamic State”, <<http://www.answering-islam.org>>, l.a.d. 02/13/2016.

Tanör, Bülent (2015) Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), 27. Edition, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları.

Tas, Latif (2014) “The Myth of the Ottoman Millet System: Its Treatment of Kurds and a Discussion of Territorial and Non-Territorial Autonomy”, International Journal on Minority and Group Rights, Vol.21.

<www.islamic-sharia.org>, l.a.d. 4/2/2016.

Özel Hukuk

6102 SAYILI KANUNA GÖRE ANONİM ŞİRKETLERDE SONA ERME

Yrd. Doç. Dr. Serhan DİNÇ

ÖZET

Çalışmanın amacı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan anonim şirketlerde sona erme durumu ve sona erme türlerinin incelenmesidir. Öncelikle fesih ve infisah kavramları incelenmiştir. Daha sonra sona erme kavramı, sürenin sona ermesi, işletme konusunun elde edilmesi, işletme konusunun elde edilmesinin imkânsız hâle gelmesi, esas sözleşmede öngörül-müş sebebin gerçekleşmesi, genel kurul kararı ile sona erme, iflâs durumuyla sona erme, kanun tarafından öngörülen durumlar ile sona erme, organlardan birinin eksikliği sebebiyle sona erme, haklı sebep ve haklı sebeple fesih durumuyla sona erme, birleşme ile sona erme, şirketin tâbiyetinin değişmesi ve merkezin yurt dışına çıkması sebebiyle sona erme durumları incelenmiştir. Bu kapsamda hangi durumların haklı sebep olabileceği, işletme konusu ve maksat kavramı, Türk ve İsviçre hukukunda haklı sebeplere örnekler, zorunlu organ kavramı, organ kavramının geniş mi yoksa dar mı anlaşılacağı durumları da ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anonim Ortaklıklar, İnfisah, Fesih, Sona Erme Sebepleri.

TERMINATION OF JOINT STOCK COMPANIES ACCORDING TO TURKISH COMMERCIAL CODE NUMBERED 6102

ABSTRACT

The aim of this study is to examine the expiration of joint-stock companies included in the Commercial Code numbered 6102. In this study, causes and types of expiration were examined. First, annulment and dissolution concepts were investigated. Later, expiration concept, the end of the period, the acquisition of business topics, business issues come it impossible to obtain in the realization of the reasons provided for in the articles of association, expiration with the general assembly decision, the end with the bankruptcy cases of termination with the cases provided by law, the organ the lack of one of the expiration, termination by reason of termination justified cases, the expiration status of the merger, case of changing the center of company and case of changing the nationality of company were examined. In this context, which situations may be justified reason, the concepts of intent and business matter, the examples of justified reasons in Turkish and Swiss Law, mandatory body concept, whether the meanin of body will be understood as wide or narrow are also handled.

Keywords: Joint Stock Companies, Dissolution, Termination, Expiration Causes.

GİRİŞ

Bir anonim şirketin sona ermesi, şirketin varlığının ortadan kalkması bakımından ilk aşamadır. Sona erme niteliği gereği, kuruluşun karşı yönüdür. Bütün ortaklar ve de şirket tüzel kişiliği bu şekilde sona ermeden etkilenirler¹. İnfisah ve fesih bütün tüzel kişiler için geçerli olan genel sona erme sebepleridir². Anonim şirketin sona ermesi durumu fesih ya da infisah durumuyla gerçekleşir. Sona erme sebepleri genel sebepler ve özel sebepler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İnfisahın olabilmesi için kanunda ve/veya esas sözleşmede öngörülen nedenlerden birinin gerçekleşmesi gerekir. İnfisahta anonim şirketin kararına gerek bulunmamaktadır. İnfisahta ihbarda bulunmaya da gerek yoktur³. İnfisah ileriye doğru hüküm doğurur. Mahkeme kararı ile yeni bir durum yaratılmaz, var olan saptanır⁴. Tereddüt durumunda açılacak tespit davası ile infisah nedeni olarak sayılan olayın meydana geldiği tarihte şirketin infisah ettiği belirlenebilir. İnfisahın varlığı bir def'i olarak ileri sürülebilir⁵. Fesih kararı, esas sözleşmeden kaynaklanan sebepler ve iflâs sona ermenin genel sebepleri iken⁶; organ eksikliği ve haklı sebeplerle fesih sona ermenin özel sebeplerini oluşturmaktadır⁷. Feshin olabilmesi için bir kişinin, azınlığın, çoğunluğun, bir makamın, mahkemenin fesih yetkisi olmalıdır. Fesih gerçekleştiği anda ileriye doğru hüküm doğurur. Sona erme sebepleri kanunda ve esas sözleşmede gösterilir⁸. Fesih şirketin dağıtılmasıdır⁹. Bir anonim şirketin fesih kararı almaksızın faaliyetini azaltması, aktiflerini zamana yayarak satması, alacaklarını tahsil etmesi ve borçlarını ödemesi teknik anlamda bir tasfiye değildir¹⁰.

- 1 Şener, Oruç Hami (2015) Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, İkinci Baskı, İzmir, Seçkin Yayıncılık, s.812.
- 2 Kayar, İsmail (2015) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, Üçüncü Baskı, Kayseri, s. 482.
- 3 Bilgili, Fatih, Demirkapı, Ertan (2013) Şirketler Hukuku, Bursa, Dora Yayıncılık, s. 656; Arslan, İbrahim (2010) Şirketler Hukuku Bilgisi, Konya, Mimoza Yayıncılık, s. 321.
- 4 Poroy, Reha., Tekinalp, Ünal, Çamoğlu, Ersin (2010) Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Onikinci Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık, s. 1546.
- 5 Tekinalp, Ünal (2015) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 223.
- 6 Hoffmann-Becking, Michael (2000) Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band: 4 Aktiengesellschaft, München, Verlag C. H. Beck, s. 695.
- 7 Karahan, Sami (Editör) (2015) Şirketler Hukuku, İkinci Baskı, İstanbul, Mimoza Yayıncılık, 996; Forstmoser, Peter, Hayoz, Arthur Mayoz (1976) Einführung in das Schweizerische Aktienrecht, Zürich, Verlag Stampfli, s. 272.
- 8 Pulaşlı, Hasan (2015) Şirketler Hukuku Şerhi, İkinci Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 1930; Poroy & Tekinalp & Çamoğlu, s. 1553.
- 9 Bilgili & Demirkapı, s. 656.
- 10 Tekinalp, s. 224.

Şirketin sona ermesiyle kişilik derhal son bulmaz¹¹. Çünkü şirketin keşilmesi gereken birçok ilişkisi vardır. Şirketin yarım kalmış işlemlerine devam etmesi, borçlarını ödemesi, alacaklarını tahsil etmesi gerekir. Bu işlemlerden ötürü belki davacı veya davalı olarak mahkemeye bile çıkması gerekecektir. Mevcudunu paraya çevirmesi için bir takım sözleşmeler yapacaktır. İşte bütün bu işlemlerin icrası anında şirketi mevcut saymak pratik bakımdan çok önemlidir¹². Anonim ortaklıkta tasfiye, ortaklığın mal varlığının paraya çevrilmesi, alacakların tahsil edilmesi, borçların ödenmesi sonucunda elde kalan net malvarlığının tasfiye payı hükümleri uyarınca pay sahiplerine dağıtılması ve ticaret unvanının sicilden silinmesini içeren bir dizi işlemi içerir¹³. Sona erme ile tasfiyeye girme arasında başka bir aşama yoktur¹⁴. Tasfiyeye girilmiş olmasına rağmen pay sahipleri, bilgi alma, inceleme, denetleme, sorumluluk, iptal, bütanin tespiti davalarını açma ve oy haklarını korurlar¹⁵. Yine örneğin inşaat ve taahhüt işleriyle uğraşan bir anonim şirket feshedildiği anda inşaatı yeni başlamış veya yarısı bitmiş inşaatları varsa, bunları tamamlayıp satmak, yarı bitmiş durumundan daha uygun ve ortaklık için daha yararlı olduğu kuşkusuzdur. Ancak, ortaklık inşaat için yeni bir ihaleye giremez, arsa veya yeni iş makineleri alamaz¹⁶. Anonim şirket genel kurulu tasfiye amacı ile sınırlı olmak kaydıyla toplantılar yapıp gereken kararları alabilir¹⁷. Anonim şirketlerde sona erme, tasfiyeli (*Auflösung mit Liquidation*) veya tasfiyesiz (*Auflösung ohne Liquidation*) olmak üzere iki farklı şekilde gerçekleşebilir. Tasfiyesiz sona ermede tüzel kişilik kendiliğinden sona ermektedir. Bu sona erme şekli kendisini, anonim şirketin ticaret sicilinden terkin edilmesi şeklinde göstermektedir. Örneğin birleşme, devralma, bölünme, tür değiştirme, devletleştirme ve şirket merkezinin yurt dışına taşınmasında tüzel kişilik tasfiyesiz olarak sona ermektedir. Buna karşılık tasfiyeli sona ermede tüzel kişilik, bir tasfiye süreci sonunda ortadan kalkmaktadır¹⁸. Bu durumda şirketin ticaret unvanının başına “*Tasfiye hâlinde*” ifadesi eklenir. Sona erme, iflâstan ve mahkeme kararından başka bir sebepten ileri gelmişse yönetim kurulunca ticaret siciline tescil ve ilân ettirilir (6102 sayılı TTK. md. 532). Bu durum bildiricidir¹⁹.

11 Tekinalp, s.223.

12 Hirsch, Ernest (1940) *Ticaret Hukuku Dersleri, Cilt 2: Ticaret Şirket ve Teşekkülleri*, İstanbul, Arkadaş Basımevi, s.105.

13 Pulaşlı (2015), s.1970.

14 Tekinalp, s.224.

15 Tekinalp, s.224.

16 Pulaşlı, Hasan (2016) *Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Dördüncü Baskı*, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 511.

17 Başbuğoğlu, Tarık (1988) *Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu Açıklamalar İçtihatlar*, Birinci Baskı, Ankara, Özkan Matbaacılık, s. 655.

18 Karahan, s. 764; Böckli, Peter (2004) *Schweizer Aktienrecht*, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, s. 1995; Forstmoser & Hayoz, (1976), s. 273.

19 Hoffmann-Becking, s. 697; Böckli, s. 1992; ayrıca bkz. Forstmoser/Hayoz, (1976), s. 272.

I. ANONİM ŞİRKETLERDE İNFİSAH SEBEPLERİ

A. SÜRENİN SONA ERMESİNE RAĞMEN İŞLERE FİLEN DEVAM EDİLMEMESİ DURUMU

Anonim şirket sürenin sona ermesine rağmen işlere fiilen devam etmek suretiyle belirsiz süreli duruma gelmemişse²⁰, esas sözleşmede öngörülen sürenin sona ermesiyle sona erer²¹. Süre bitiminde işlere devam edilmemesi durumunda da anonim şirket sona ermiş olur. Bu durumda her pay sahibi, şirketin sona erdiğinin tespiti hususunda bir tespit davası açma hakkı vardır²². Şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi sürenin sona ermesine rağmen anonim şirketin fiilen faaliyetine devam etmediğini, atayacağı bilirkişi vasıtasıyla tespit eder. Mahkeme sonuçta anonim şirketin sona erdiğinin tespitine karar verir. Süre yıl ile veya belli bir takvim tarihi ile tayin olunabilir²³.

Pulaşlı'ya göre öngörülen sürenin bitmesine rağmen şirket fiilen iş ve işlemlerine devam etmiş ve ediyorsa, şirketin esas sözleşmesinin fiili duruma uyarlanmasına ilişkin bir genel kurul kararıyla esas sözleşme değişikliği yapılmasına gerek kalmaksızın, şirket belirsiz süreli duruma gelir ve söz konusu esas sözleşme hükmü de kendiliğinden fiili duruma uyarlanmış olur. 6102 sayılı Kanun md. 529/ f. 1-a bendi işlere devam ile şirket esas sözleşmesindeki süre maddesinin kendiliğinden değiştiği kabul olunarak esas sözleşme değişikliğine gerek görülmemiştir²⁴.

Öğretiyle²⁵ Yargıtay kararlarında en çok tartışılan konulardan biri de

-
- 20 Bu sürenin bitmesine rağmen şirket faaliyetlerine fiilen devam ediyorsa şirket kendiliğinden sona ermez. Aksine bu şirket artık süresiz duruma gelir (Karahan, s. 765).
- 21 Hirsch, s. 105; Bürgi, Wolphardt (1957) Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft b/2: Art: 698-738, Zürich, Schulthess & Co. AG., s. 826; Pulaşlı, (2016), s. 513.
- 22 Y. 11. HD. 1. 3. 1985 T., E. 1278/K. 11669 [Pulaşlı, (2015), s. 1931].
- 23 Poroy&Tekinalp&Çamoğlu, s. 1547.
- 24 Pulaşlı, (2015) s. 1931; Doğanay'a göre ise belirli sürenin dolmasına rağmen şirket faaliyetinin devam etmesi, sürenin uzatılması veya şirketin belirsiz süreli bir şirket durumuna dönüştüğü sunucunu doğurmaz [Doğanay, İ. (2004) Türk Ticaret Kanunu Şerhi, (Dördüncü Baskı).İstanbul, s. 1273].
- 25 Öğretideki tartışmalar için bkz. Ünal, Şeref (1984) "Ana sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukuki Durumu", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu I, Ankara, s. 75 vd.; Türk, Hikmet Sami (1986) "Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III, Ankara, s. 113 vd.; Ansay, Tuğrul (1986) "İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III, Ankara, s. 184 vd.; Okçuoğlu, Yavuz (1986) "Ana sözleşmesinde Belirtilen Sürenin Bitmesine Rağmen Faaliyetine Devam Eden Anonim Şirketin Hukuki Durumu", Prof. Dr. Ernst Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara, s. 239 vd.

süresi sona eren anonim şirketlerin, işlere fiilen devam etmeleri durumunda, adi şirketlerde olduğu gibi, süresiz hale gelip gelmeyecekleriydi. Yargıtay, uzun süre bu soruya olumsuz cevap vermiş ve süresi sona eren bir anonim şirketin işlere fiilen devam etmesi ile süresiz hale gelmeyeceğini; aksine şirketin tasfiye haline gireceğini ve ehliyetinin tasfiye gayesi ile sınırlanacağını hükme bağlamıştı²⁶. Ancak 1987 tarihli bir Hukuk Genel Kurul Kararı ile bu içtihattan dönülmüş ve işlere fiilen devam eden şirketlerin süresiz hale gelecekleri kabul edilmiştir²⁷. 529'uncu madde ile getirilen düzenleme Hukuk Genel Kurulu kararıyla kabul edilen çözümden farklıdır. Hukuk Genel Kurulu kararında, şirketin süresiz hale gelmesinden sonra esas sözleşme değişikliği yapılarak, sözleşmenin fiili duruma uyarlanması gereği belirtiliyordu. Ancak, bazen şirketteki azlık, sahip oldukları hakları kötüye kullanarak²⁸, sözleşme değişikliğine olumlu yaklaşımlarının karşılığında belirli haklar veya para gibi haksız kazançlar talep edebiliyor, bunu da şantaj aracı olarak kullanabiliyor ve Hukuk Genel Kurulu'nun kararında öngörülen esas sözleşme değişikliği yapılamıyordu. 529'uncu maddede ise işlere devam ile şirket esas sözleşmesindeki süre maddesinin kendiliğinden değiştiği kabul olunarak, esas sözleşme değişikliğine gerek görülmemiş olup²⁹ Yargıtay'ın çözümünün daha ileri bir aşamaya taşındığı söylenebilir³⁰. Ayrıca, bu sayede şirketin vergi yükümlüsü olarak milli ekonomiye katkısını kesintisiz sürdürmelerine de olanak sağlanmış olmaktadır³¹.

26 HGK. 05.06.1985 T., E. 1983/11-218/K.561 [Pulaşlı, (2015), s. 1932].

27 HGK. 25.02.1987 T., E.1986/11-211/ K. 120 [Pulaşlı, (2015), s. 1932]; Bahtiyar'a göre de süre bitimine rağmen faaliyetlere devam edilmesi, ortaklık süresinin belirsiz süreye dönüştürülmüş sayılmasına neden olacaktır. Ortaklığın devam etmesi ortaklık, ortaklar, çalışanlar ve üçüncü kişiler yanında ülke ekonomisine de yararlı olacaktır [Bahtiyar, M. (2015). Ortaklıklar Hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 370]. Biz de bu noktada yazara katılmaktayız; Tekinalp'e göre anonim şirket faaliyetine devam etmiş, fakat esas sözleşmenin süre hükmünün yeni bir süre sağlayacak ya da sınırsız süreyi ifade edecek tarzda değiştirilmesi reddedilmiş ve genel kurulda bu red kararı kabul edilmişse bu karar bir fesih kararı olarak nitelendirilmelidir. Gerekli nisaba ulaşılmadığı takdirde, her pay sahibine fesih davası açmak hakkı verilmelidir. Dava üzerine mahkeme gerekli kararı alıp esas sözleşme değişikliği yapması için anonim şirkete süre tanımalı ve gerekli kararı, bu süre içinde alıp esas sözleşmesini gereği gibi değiştirmesini anonim şirketten istemeli, aksi durumda fesih karara bağlanmalıdır (Poroy&Tekinalp&Çamoğlu, s. 1547).

28 Hukuk Genel Kurulu kararındaki gereklilik anonim şirketi muhalif azınlığın baskısı altına koymaktaydı (Tekinalp, s. 225).

29 Bkz. 529'uncu madde gerekçesi; Tekinalp, s. 225; Bilge, Mehmet Emin (2012) "Anonim Şirketin Sona Ermesi ve Tasfiyesi", EÜHFD., C. XVI, S. 3-4, s.263.

30 Kervankıran, E. (2015) Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, Birinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 30.

31 Pulaşlı (2016), s. 515.

B. İŞLETME KONUSUNUN ELDE EDİLMESİ VEYA ELDE EDİLMESİNİN İMKÂNSIZ HALE GELMESİ

Maksat ya da amaç, genel olarak elde edilmek istenilen gayeyi ifade eder; yani amaç şirketlerde kazanç elde etmek ve paylaşmaktır; konu ise bu gayeye varmak için icra edilecek faaliyetlerdir³². 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu sona ermenin merkez sebebi olarak maksat kavramını değil işletme konusu kavramını kabul etmiştir³³.

Anonim şirketler kanunen yasak olmayan her türlü iktisadi maksat ve konu için kurulabilir. Şirketin işletme konusu da esas sözleşmede belirtilmelidir. Anonim şirkette maksat ve konu kavramları ile kazanç sağlamak gayesinin gerçekleşmesine yönelik iktisadi faaliyetlerin türü ve mahiyeti kastedilir. Anonim şirketlerde amaç ekonomiktir. Bu sebeple amaç kazanç sağlamaya ve paylaşmaya yöneliktir. Amaç veya maksat ortaklığın faaliyet alanını, konu ise somut işletme konusunu ifade eder. Bir örnekle açıklamak gerekirse; “*basım, yayım ve dağıtım*” amaç, herhangi bir derginin basımı ise konuyu oluşturur³⁴. Yine örneğin sanayi, ticaret ve taşıma işleri genel faaliyet türlerini, buna karşın, seramik imalatı, ithali ve ihracatı ile şehirlerarası otobüs işletmeciliği de somut işletme konularını gösterir³⁵. Ticaret, sanayi, taşıma işleri gibi genel faaliyet türlerini ifade eden terimler amaç hükmünü tespite yarayabilirse de, konu hükmü, esas sözleşmede, genel faaliyet türünün manifatura ticareti, sabun imali, hava veya otobüs seferleri gibi somut dallarını, yani işletme konusunu, uygulamada belirtilen deyimlerle tayin etmelidir³⁶. Ortaklık amacı ortaklığın işletme konusundan farklıdır. İşletme konusunun elde edilmesi, ortaklığın aktif ve üretken yapısının sona ermesi ve etkinliğinin tamamlanmasıdır. Ortaklık sözleşmesine göre, ortaklığın işletme konusu belirli bir taşınmazın veya bir buluşun devri veya iktisabıysa, onun devri veya iktisabıyla işletme konusuna ulaşılmış olur. Artık bu andan sonra ortaklardan anonim ortaklığı devam ettirmeleri beklenemez³⁷. İşletme konusunun elde edilmesinin imkânsız duruma gelmesi ise hukuki anlamda olabileceği gibi fiili anlamda da olabilir. Hukuki anlamda imkânsızlık işletme konusuna giren konuların bir hukuki düzenleme

32 Bkz. 529’uncu madde gerekçesi.

33 Tekinalp, s. 225.

34 Poroy&Tekinalp&Çamoğlu, s. 1548.

35 Pulaşlı, Hasan (2005) Şirketler Hukuku Temel Esaslar, Üçüncü Baskı, Adana, Karahan Yayınevi, s. 543.

36 Arslanlı, Halil (1961) Anonim Şirketler, Birinci Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, s. 170.

37 Şener, s. 624.

ile kaldırılması veya yasaklanması halinde söz konusu olur. Fiili imkânsızlık ise şirket konusuna giren bütün konuların elde edilmesi olanağının ortadan kalkması durumunda olur. Ortaklık, esas sözleşme değişikliği yaparak başka bir işletme konusu seçerse sona erme durumundan kurtulur³⁸.

Anonim şirketin amacını yerine getirmek için hiçbir faaliyeti olmadığı ileri sürülerek açılan davada; bilirkişiler aracılığıyla inceleme yaptırılarak, amacın gerçekleşmesi yönünde ne gibi faaliyetler yapıldığı, anasözleşme, bilanço kâr ve zarar tabloları ile sicil dosyası getirtilerek değerlendirilme yapılması gerekir³⁹.

Gerek amaçta gerek konuda imkânsızlık hukuki ve fiili olabilir⁴⁰. Her iki durumda imkânsızlık devamlı ve objektif olmalıdır⁴¹. Kazanç sağlamak gayesi ile kurulan bir ticaret şirketinde uzun süre kazanç sağlanamaması ve kazanç ihtimalinin kayıp olması da *Arslanlı*'ya göre amaç ve konuda bir tür imkânsızlığı doğurur⁴². Anonim şirket bazı durumlarda kendi işletme konusunun elde edilmesini kendisi olanaksız duruma getirebilir⁴³. Örneğin anonim şirketin üretim tesislerini tüm emtia ve demirbaşları ile toptan elden çıkarılması gibi⁴⁴. Bu durumda şirketin amacının elde edilmesinin imkânsızlaşması sebebiyle sona erme durumu gerçekleşmiştir. Kanun koyucu, genel amaca ulaşmak için icra edilen faaliyetlerin gerçekleşmiş olmasını veya gerçekleşmesinin imkânsız hale gelmesini bir sona erme sebebi olarak öngörmektedir⁴⁵. Ancak maksat elde edilmeden önce, esas sözleşme değiştirilip anonim şirkete yeni işgal konusu kazandırılarak infisah önlenebilir⁴⁶. *Tekinalp'e* göre işletme konusunun elde edilmesinin imkânsız duruma gelmesi geniş anlam taşır⁴⁷. Yargıtay'ın imkânsız duruma gelme konusunda aşağıdaki kararları vardır:

1. İşletme konusu bakımından önemli bir maddenin ithalatının yasaklanması⁴⁸.
2. Konunun millileştirilmesi yanında üretim tesislerinin de devri⁴⁹.

38 Pulaşlı (2015), s. 1933-1934.

39 Y. 11. HD. 14.10.2004 T., E. 8765/K. 9790 (Eriş, İçtihatlı, s. 3115).

40 Bilge, s. 264.

41 Tekil, Fahiman (1974) Şirketler Hukuku, II. Cilt: Anonim Şirketler, İkinci Baskı, İstanbul, Yörük Yayınevi, s.649.

42 Arslanlı, s. 172.

43 Y. 11. HD. 25. 03.1985 T., E. 1278/K. 1669; Y. 11. HD. 10.11.2000 T., E. 8284/K. 8776 (Pulaşlı, Şerh, s. 1935)

44 Pulaşlı (2005), s. 409.

45 Bkz. 529'uncu madde gerekçesi; Bilge, s. 264; Kervankıran, s. 31.

46 Poroy&Tekinalp&Çamoğlu, s. 1548; Arslanlı, s. 172.

47 Tekinalp, s. 225.

48 Tekinalp, s. 226.

49 11. HD. 25.03.1985, 1278/1269 (Tekinalp, s. 226).

C. ESAS SÖZLEŞMEDE ÖNGÖRÜLMÜŞ HERHANGİ BİR SONA ERME SEBEBİNİN GERÇEKLEŞMESİ

1. Esas Sözleşmede Öngörülen Bir Sebepin Gerçekleşmesiyle Kendiliğinden Sona Erme

Esas sözleşmede bir sona erme sebebi öngörülmüş ise bu sebebin gerçekleşmesi durumunda anonim şirket kendiliğinden sona erer⁵⁰. Esas sözleşmeye daha sonra konulacak bir kayıtla belirli durumların gerçekleşmesi ile ortaklığın sona ereceği öngörülebilir⁵¹. Örneğin sermayenin belli bir kısmının kaybı veya bir ruhsatın korunması, yenilenmesi ya da bir patentin kaybedilmemesi veya şirketin devamlılığının belli bir şartın veya sözleşmenin varlığına bağlanması sona erme sebebi olarak gösterilebilir⁵². Yine savaş hali fesih sebebi olarak gösterilebilir⁵³. *Kayar'a* göre şirketin iki yıl üst üste zarar etmesi, belirli kâr, ciro veya pazar payı hedeflerine ulaşamaması infisah sebebi olarak gösterilebilir⁵⁴. Şirkete bahşedilen imtiyaz süresinin dolması ya da geri alınması ile de şirket sona erebilir⁵⁵. *Tekinalp'e* göre anonim şirketten soyutlanmış, kişisel nitelikteki bir olgu da, örneğin bir pay sahibinin vefatı, belli bir yaşa gelmesi, anonim şirketten ayrılması da infisah sebebi olarak öngörülebilir⁵⁶. *Bahtiyar'a* göre “*Usulüne uygun bilançolara göre arka arkaya beş yıl süreyle ortaklığın zarar etmesi infisah nedenidir*” şeklinde hüküm esas sözleşmeye konulabilir⁵⁷. Bu durumda genel kurul veya mahkeme kararına gerek olmaksızın anonim şirket kendiliğinden sona erer. Bu durumda her ortak, esas sözleşmede öngörülen sebepten dolayı şirketin sona erdiğinin tespitine ilişkin mahkemede dava açabilir⁵⁸.

Esas sözleşmede öngörülen bir sebeple anonim şirketin sona ermesi durumunda, 6102 s. K. md. 529/1-d hükmü kıyasen uygulanmalı, her iki toplandı da sermayenin yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarının alınması şartıyla şirketin sona ermeden kurulması ve bu konudaki esas sözleşme değişikliğinin gerçekleştirilmesi mümkün olmalıdır⁵⁹.

50 Bürgi, s. 826.

51 Bürgi, s. 826; Kervankıran, s. 32.

52 Karahan, s. 766; Tekil, s. 662.

53 Poroy&Tekinalp&Çamoğlu, s. 1563.

54 Kayar (2015), s. 483.

55 Hirsch, s. 106; Tekinalp, s. 226.

56 Tekinalp, s. 226.

57 Bahtiyar., s. 371.

58 Pulaşlı (2015), s. 1936; Karahan, s. 765.

59 Pulaşlı (2016), s. 518; Kervankıran, s. 34.

2. Esas Sözleşmede Mahkeme Kararıyla Feshin Gerçekleşmesinin Öngörülmesi

Anonim şirketin esas sözleşmesine 6102 sayılı TTK. ve diğer kanunlarda öngörülmeleyen feshin ve sona erme sebeplerinin konulması ve bunlardan birinin gerçekleşmesi durumunda ortaklığın feshinin mahkemeden talep edilmesi de mümkündür. Esas sözleşmede feshin davasının kimler tarafından açılacağı konusunda hiçbir hüküm yoksa her pay sahibi ortaklığın feshini mahkemeden talep edebilir. Anonim şirketin merkezine bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde bir feshin davası açılır. Süresiz olarak pay sahiplerine feshin hakkı tanımak yerinde değildir. Bu durumlara genel kurulun iptali kabil kararlarına karşı kanunda tanınmış olan üç aylık sürenin kıyasen uygulanması yerinde olur⁶⁰.

D. GENEL KURUL KARARIYLA SONA ERME DURUMU

Genel kurul, ortaklığın feshine her zaman karar vermek yetkisine sahiptir⁶¹. Ortaklığın feshi önemli bir karar olduğundan genel kurul kararının, esas sermayenin yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahipleri veya temsilcilerinin feshin yönündeki oylarıyla alınması gerekir. İlk toplantıda bu yeter sayıya ulaşılmadığı takdirde, ikinci toplantıda aynı nisap aranır (6102 sayılı Kanun md. 421/f. 4). Bu yasal nisapların esas sözleşme ile ağırlaştırılması mümkün olmakla birlikte hafifletilemez⁶². Genel kurulun anonim şirketi feshetme yetkisi mutlak olup bu yetki başka bir organa devredilemez⁶³. Oyda imtiyaz feshinde etkili olmayacak, sermaye rol oynayacaktır⁶⁴.

Anonim şirket genel kurulunun usulüne uygun olarak aldığı feshin kararının ortaklık merkezine bulunduğu yerdeki ticaret siciline tescil ve ilân edilmesi gerekir. İlân şirketin sona erip tasfiye durumuna girdiğini, organların yetkilerinin bununla bağlantılı olarak sınırlandırılmış bulunduğunu, şirketle işlem yapan kişilerin buna göre hareket etmelerini sağlamaya yöneliktir⁶⁵.

Türk doktrininde *Arslanlı* ve *Tekinalp* feshin kararının geri alınabileceği görüşündedirler⁶⁶. Yargıtay da zikredilen yazarların görüşlerine atıf yaparak

60 Pulaşlı (2015), s. 1938; Pulaşlı (2012), s. 519.

61 Hoffmann-Becking, s. 695; Böckli, s. 1991.

62 Pulaşlı (2015), s. 1938; Poroy&Tekinalp&Çamoğlu, s. 1564; Bilge, s. 265; Kervankıran, s. 34.

63 Poroy&Tekinalp&Çamoğlu, s. 1564; Kayar (2015), s. 484.

64 Tekinalp s. 227.

65 Pulaşlı (2015), s. 1939.

66 Poroy&Tekinalp&Çamoğlu, s. 1564; Arslanlı, Halil (1961) Anonim Şirketler, İkinci Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 158-160.

aynı sonuca varmıştır⁶⁷. Fesih kararı geri alınarak şirketin faaliyetine devamlılığı sağlanır.

E. ANONİM ORTAKLIĞIN İFLÂS ETMESİ

Anonim şirketin iflâsı, tasfiye halinde olup olmamasından bağımsızdır. 6102 sayılı Kanun md. 529/I. c'ye göre şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinin iflas kararı ile birlikte anonim şirket derhal sona erer. Anonim şirketin iflâsını bir veya birden fazla alacaklılar genel iflâs yolu (İİK. md. 155-166) veya kambiyo senetlerine mahsus iflâs yolu (İİK. md. 167, 171-176b) ya da doğrudan iflâs yolundan (İİK. md. 177 vd.) birini izleyerek gerçekleştirebilirler⁶⁸. Anonim şirketin takipli, doğrudan ya da borca batıklık sebebiyle iflâsına karar verilmesi sona erme bakımından farksızdır⁶⁹. Anonim şirket yönetim kurulu da TTK. md. 376 uyarınca, sermayenin 2/3'ünü aşan kısmının veya tamamının yitirilmiş veya anonim şirketin aktiflerinin borçlarını karşılayamaması durumunda derhal mahkemeye başvurarak ortaklığın iflâsını talep etmekle yükümlüdür. Mahkeme bu beyan üzerine takibe hâcet kalmaksızın şirketin iflâsına hükmeder. Durumun düzeltilmesi mümkün görülüyorsa yönetim kurulu veya bir alacaklının isteği üzerine mahkeme, iflâs kararını erteleyebilir. Fakat bu takdirde envanter düzenlenmesi veya bir yedemin tayini gibi şirket mallarının korunması için gerekli tedbirleri de alır⁷⁰. Pay sahipleri ortaklığın feshini talep ve dava edemezler. Ortaklığın iflasını isteme yetkisi alacaklılara, yönetim kuruluna ve tasfiye memurlarına verilmiştir⁷¹. İflas kararının verilmesi yeterlidir; kesinleşmiş olmasına gerek yoktur⁷².

Mahkemenin iflas kararı ile sona eren anonim şirket, iflas yoluyla tasfiyeye girmiş olur. İflas kararı, iflas idaresine bildirilir. İflas idaresi bu kararı ticaret siciline tescil ve ilân ettirir. Tasfiye durumuna girmiş olan anonim şirketin gayesi, borçlarının tasfiyesi olmakla birlikte, tüzel kişiliği bu amaçla sınırlı olarak devam eder⁷³. Tescil, iflâs hariç, kurucu nitelikte olmadığından, bunun yapılmış olması veya olmaması, üçüncü kişiler bakımından sadece görünüşe güven ilkesini yansıtan TTK. md. 37 hükmündeki sonuçları doğurur⁷⁴.

67 Y. 11. HD. 6.7.2000 T., K. 3170/6471 (Poroy&Tekinalp&Çamoğlu, s. 1564).

68 Daha fazla bilgi için bkz. Poroy&Tekinalp&Çamoğlu, s. 1552-1554.

69 Kayar (2015), s. 484.

70 Tekil s. 671.

71 Pulaşlı (2015), s. 1940.

72 Tekinalp s. 226.

73 Pulaşlı (2015), s. 1941

74 Pulaşlı (2016), s. 521.

F. DEVAMLILIK SAYILABİLECEK ŞEKİLDE KAMU DÜZENİNE VEYA İŞLETME KONUSUNA AYKIRI İŞLEMLERDE VEYA FAALİYETTE BULUNMA DURUMU

6102 sayılı Kanun madde 210/(3)'te, devamlı sayılabilecek şekilde kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya faaliyette bulunma durumu konusunda fesih davası hüküm altına alınmıştır. Anılan hükümden yer alan fesih davası sadece sermaye şirketlerine özgülenmiştir. Şahıs şirketlerinde kamu düzenine aykırılık olasılığının çok dar varsayımlarda gerçekleşebileceği düşünülmüştür. Ayrıca ultra viresin kaldırılmış olması nedeniyle işletme konusuna aykırılığın söz konusu şirketlerde fesih davasına yol açmaması gerekir. İşletme konusuna aykırı işlemlerde fesih davasının sermaye şirketlerinde korunmuş olması önemli ve etkili aykırılıklarda boşluk yaratmamak görüşünden kaynaklanmaktadır⁷⁵. Fesih davasının açılması için bir yıllık süre verilmiştir. Kamu düzenine aykırı işlemlerde ve faaliyette bulunmak demek, herhangi bir kanunun kamu yararı açısından koyduğu ve müeyyidelendirildiği kurala aykırılık demektir. Kamu düzenine aykırı yapılan işlem veya faaliyetin devamlılık arz etmesi gerekir. Bir veya aralıklarla birkaç kez yapılmış ancak devamlılık arz etmeyen işlem ve faaliyetler nedeniyle fesih davası açılmaz. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı fesih davasını aykırılığın tespitinden itibaren bir yıl içinde açabilir. Bu süre bir zamanaşımı süresidir. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı iptal davası açamaz⁷⁶.

G. ESAS SERMAYENİN ÜÇTE İKİSİNİN KAYBEDİLMESİ HALİNDE ŞİRKETİN MAHKEMECE İFLÂSINA KARAR VERİLMESİ DURUMU

Genel kurul makul bir süre içinde toplanmaz veya azalan sermayenin tamamlanmasına ya da kalanla yetinilmesine (asgari sermaye tutarı olan 50.000 TL'den aşağı olmamak kaydıyla) ve ortaklığın devamına karar almazsa, her pay sahibi anonim şirketin infisah ettiğinin tespitini mahkemeden talep ve dava edebilirler. Şirketin sermayesinin üçte ikisinin kaybedildiği iddiasının ispatı için, şirkete ait tüm bilançolar ve öz varlık kıymetleri incelenerek, objektif olgu ve verilere göre belirlenmesi ve bu durumun düzelmesi yönünde gereken çabanın gösterilmesinin saptanması zorunludur⁷⁷.

75 Bkz. 6102 s. K. md. 210 gerekçesi. *Kervankıran*, gerekçede anılan görüşü eleştirmektedir. Yazar şu soruyu sormaktadır: “Bir defa işletme konusuna aykırılık varsa, bunun önemli-önemsiz ya da etkili-etkisiz diye ayrılmasının ölçüsü nedir?” Dolayısıyla, yazar burada bir belirsizlik durumu gözlemlemektedir (*Kervankıran*, s. 39).

76 Pulaşlı (2015), s. 1954; Karahan, s. 767.

77 Y. 11. HD. 16.03.2006 T., E. 438/K. 2731 [Eriş (2010) s. 3117].

Genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket sona erer. Esas sermayenin üçte ikisinin karşılıksız kalması ise alacaklılar ile pay sahiplerinin menfaatleri bakımından tehlikeli görülmüş, genel kurulun bu durum karşısında kararını açıkça belirtmesi istenmiştir⁷⁸. Bu durumda açılacak tespit davası ile anonim şirketin münfesh olduğunun tespit edilmesi yeterlidir⁷⁹. *Yargıtay* da anonim şirketin genel kurulunun gerekli kararları kanunda öngörülen biçimde almadıkça ortaklığın feshi hakkında davanın açılmayacağı yönünde karar vermiştir⁸⁰. Anonim şirketin yeterli teminat göstermesi durumunda feshe karar verilmesi mümkün değildir⁸¹. Teminatın miktarı ve niteliğini, toplam alacak miktarı dikkate alınarak, mahkeme tayin ve tespit eder. Özellikle banka teminat mektubu, taşınmaz mal teminatı gibi teminatlar mahkemece kabul edilebilir⁸². Fesih kararı kesinleşinceye kadar, ortaklığın teminat göstermesi durumunda, ek bir kararla fesih kaldırılabilir. Temyiz aşamasında teminat gösterilmesi durumunda, *Yargıtay* ortaklık tarafından gösterilen teminatın geçerli olup olmadığının takdiri için dosyayı yerel mahkemeye iade eder⁸³.

Esas sermayenin üçte ikisinin karşılıksız kaldığı yıllık bilançodan anlaşılabilir gibi sene içinde hâsıl olan zararlardan da tespit edilebilir. Şirketin bu duruma girdiği şüphesini uyandıran emareler varsa, yönetim kurulu derhal ara bilançosu düzenleyerek şirketin gerçek durumunu tespit etmelidir. Bu amaçla düzenlenen ara bilançoda aktifler satış fiyatları esas alınmak suretiyle değerlendirilir. Örneğin devamlı tesisler satış değeri ile bilançooya geçirilir. Gizli ve açık yedek akçeler gerçek değerleriyle hesaba katılır. Bıçilen râyiç değerlere göre, borçlar çıktıktan sonra, şirketin sâfi mevcudu esas sermayenin üçte birini karşılamıyorsa, üçte ikisi kayba uğramış sayılır⁸⁴.

H. ŞİRKETİN KURULMASINDA KANUN HÜKÜMLERİNE AYKIRI HAREKET EDİLMESİ DURUMU

6102 sayılı Kanun madde 353/(1)'de fesih davası düzenlenmiştir. Burada şirketin kurulmasında kanun hükümlerine aykırı hareket edilme durumu

78 Arslanlı, s. 174.

79 Karahan, s. 767.

80 *Yargıtay* 11. HD. 9.1.1991, E. 3910/K. 6770 [Pulaşlı (2015), s. 1957]; Aynı görüşte Kayar, (2015), s. 483.

81 Arslanlı, s. 323.

82 Eriş, (1995), s. 715.

83 Pulaşlı, (2005), s. 417.

84 Arslanlı, s. 173; Kayar, İsmail (1997) Anonim Ortaklıkta Mâli Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Birinci Baskı, Konya, Mimoza Yayınevi, s. 116-117.

söz konusudur. İlgili alacaklının veya pay sahibinin veya kamunun menfaatleri önemli ölçüde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olmalıdır. Anılan şartlar gerçekleşmişse yönetim kurulunun, ilgili alacaklının ve pay sahibinin, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın talebi üzerine şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince şirketin feshine karar verilir. Örneğin, yurt dışında yerleşik olanların veya yabancıların mülk edinmesinin sınırlandırılması veya buna ilişkin yasağı aşmak amacıyla bir şirketin kurulması durumunda amacın kanuna aykırılığından söz edilebilir. Böyle bir aykırılık sonucu alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş ve ihlâl edilmiş olabilir⁸⁵.

İ. ANONİM ŞİRKETİN AMACININ SONRADAN KANUNA VEYA AHLÂKA AYKIRI HALE GELME DURUMU

Mahkeme, ilgililerin talebi üzerine MK. md. 89 hükmüne dayanarak, amacı kanuna veya ahlâka aykırı hale gelen tüzel kişinin feshine karar verir⁸⁶. Ekonomik hayatta arz ettiği büyük öneminden dolayı, anonim şirketlerin faaliyetleri daimi denetime tâbi tutulmuştur. Şirketin esas sözleşme sınırları dâhilinde ve kanunun emredici hükümlerine uygun şekilde faaliyette bulunacağı kabul edilmektedir. Eğer şirket esas sözleşme ve kanuna aykırı hareket edecek olursa hükümetin takip ettiği ekonomik siyaseti gerçekleştirmesine imkân kalmayacaktır. Diğer taraftan emredici hükümlere muhalefet kamunun genel menfaatinin ihlâlidir. Bu durumun devamına izin verilemez⁸⁷.

J. ŞİRKETİN TABİİYETİNİN DEĞİŞMESİ, MERKEZİN YURT DIŞINA ÇIKMASI

Anonim şirketin tabiiyetinin tespitinde genel olarak merkez esas alınmakla beraber, ayrıca, kuruluş yeri, gerçek idare merkezinin ve organlarının bulunduğu yer, hisse senetlerinin çıkarıldığı yer, şirketi gerçekten denetim ve hâkimiyeti altında bulunduranların tabiiyeti de önemli rol oynamaktadır⁸⁸.

Anonim şirketin tabiiyetini değiştirmesinin veya merkezini yurt dışına nakletmesinin anonim şirketin infisahını doğurup doğurmayacağı konusu tartışmalıdır. *Arslanlı*'ya göre, tabiiyetin değiştirilmesi gibi merkezin yurt dışına nakli de Türk vatandaşı sıfatıyla tüzel kişiliğin terki anlamına gelir. Tüzel

85 Bilge, s. 268.

86 Pulaşlı (2015), s. 1959.

87 Hirsch, s. 108.

88 Pulaşlı (2005), s. 418.

kişiliğin son bulması ise şirketi zorunlu olarak tasfiyeye sevk eder⁸⁹. *Pulaşlı'ya* göre ise, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu açısından şirketin merkezinin yurtdışına taşınması, şirketin Türk vatandaşlığını kaybettireceği ve bunun da şirketin feshi anlamında değerlendirilmeyip sicilden terkinin sonucunu doğurmaktadır⁹⁰. Çünkü ticaret şirketleri tüzel kişilik sıfatıyla kazandığı haklardan, bu hakları bahşeden ülkenin uyrukluğunu taşıdığı veya merkezi Türkiye'de bulunduğu sürece yararlanabilir⁹¹. Burada, tescille kazanılan tüzel kişilik terkinle sona ermektedir⁹². Bu noktada, 6102 sayılı TTK. md. 421/(2), b hükmünün şirketin merkezinin yurt dışına taşınmasına ilişkin esas sözleşme değişikliğine cevaz verdiği de dikkate alınmalıdır. Bu sebeple, *bize göre*, şirketin tabiiyetinin değişmesi veya merkezinin yurtdışına çıkması şirketin feshini doğurmayıp sicilden kaydının silinmesi sonucunu doğurur.

II. ANONİM ŞİRKETLERDE FESİH SEBEPLERİ

A. ORGANLARDAN BİRİSİNİN EKSİKLİĞİ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre genel kurul ve yönetim kurulu anonim ortaklığın yasal organlarıdır. Denetçiler anonim şirketin organı değildir. Yönetim kurulu anonim şirketin devamlı organıdır. Genel kurul ise devamlı organ değildir.

Arslanlı'ya göre 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu genel kurul hakkında özel hüküm sevk etmiş olduğundan gerekli organ sadece yönetim kurulu ve denetçilerdir. *Arslanlı* gerekli organ kavramını düşüncemize göre dar yorumlamaktadır. *Pulaşlı'ya* göre ise organ yokluğunun anlamı geniştir⁹³. Yazara göre birden fazla üyeden oluşan yönetim kurullarında açılan yönetim kurulu üyeliklerine atama yapılmaması veya genel kurulda yönetim kurulu üyesi seçiminde oyların kilitlenmesi ve çoğunluğun sağlanamaması durumunda yasal organlar seçilemez. Yine yazara göre yönetim kurulunun tek kişiden oluşması ve bu üyeliğin herhangi bir sebeple boşalması durumunda yerine genel kurulca seçimle atama yapılamaması durumunda organ eksikliği söz konusu olur⁹⁴. Organ eksikliği uzun süredir var olmalıdır⁹⁵. *Pınar'a* göre organ kavramını dar

89 Arslanlı, s. 196.

90 Pulaşlı (2015), s. 1960.

91 Pulaşlı (2005), s. 419.

92 Pulaşlı (2015), s. 1960.

93 Tekinalp'e göre de organ yokluğu geniş anlam taşır. Yazara göre genel kurul, yönetim kurulunun seçilmemesi, açılan üyeliklere atama yapılamaması veya yapılmayarak organın oluşmasına engel olunması veya nisap yokluğu nedeni ile organın devamlı bir tarzda çalışmaması örnek olarak verilebilir (Poroy&Tekinalp&Çamoğlu, s. 1556).

94 Pulaşlı (2015), s. 1961.

95 Karahan, s. 759.

yorumlamak gerekir⁹⁶. Yazar aşağıdaki düşünceleri ileri sürmektedir: Kaynak İsviçre hukukunun aksine TTK. ile anonim şirketlerde denetim kurulu kaldırılmıştır. Dolayısıyla, anonim şirketlerde artık denetim organı bulunmamaktadır. Anonim şirketin kanuni organları genel kurul ve yönetim kuruludur. *Tekinalp'e* göre tasfiye görevlileri ve kayyım organ değildir. Bağımsız denetim kuruluşları ile yönetim kurulunun yetkisi kapsamında yapması gereken organizasyon çerçevesinde oluşturulan iç denetim gibi komiteler şirketin organı değildir⁹⁷. Biz de tasfiye görevlilerinin, kayyımın, denetçilerin, bağımsız denetim kuruluşlarının, komitelerin organ kapsamında düşünülmemeyeceğini savunmaktayız. Bu noktada *Pınar'a* ve *Tekinalp'e* katılmaktayız.

“Kanunen gerekli olan organlar” terimi öğretiyile mahkeme kararlarına bırakılmıştır. Gerekli organın mevcut olmaması ile kastedilen bu organın gerçekten bulunmamasıdır. Yönetim kurulunun süresi sona ermiş olmasına rağmen, yeni bir yönetim kurulunun seçilememiş olması veya yönetim kurulu üyelerinin istifaları ile kurulun boşaldığı ve yerlerini doldurma imkânının bulunmadığı durumlarda yönetim organının mevcut olmadığı kabul edilmelidir. Yönetim kurulunun mevcudiyetine rağmen, hiç veya gereği gibi toplanamaması somut olayın özelliklerine göre 530¹uncu maddenin kapsamında kabul edilebilir. Şirketin kanunen gerekli organlarından birinin mevcut olmamasının veya genel kurulun toplanamamasının ise devamlılık göstermesi gerekir⁹⁸. Devamlılıktan ne kadar bir sürenin anlaşılması gerektiği hususunda kötüye kullanmaların önüne geçmek ve somut olayın şartlarına göre serbest hareket edebilme imkânı tanımak için takdir yetkisi hâkime bırakılmıştır. *Tekinalp'e* göre organın mevcut olmadığının tespiti uzun süreden beri devam eden bir durum olmalıdır. Uzun süre en az üç yılı ifade eder⁹⁹. Fesih talebi üzerine ticaret mahkemesinin hemen sona erme kararı vermeyip uygun bir süre vererek¹⁰⁰ durumun düzeltilmesi için imkân tanınmıştır. Hâkim verdiği süreyi uzatabilir.

96 Karahan&Pınar , s. 769.

97 Karahan, s. 770.

98 Kervankıran, s. 45. Daimi organ olmayan genel kurulun, ancak toplanamaması söz konusu olur. Bu nedenle kanun koyucu TTK. md. 530'da genel kurulun toplanamamasını organ eksikliğinden ayrı, özel bir fesih nedeni olarak kabul etmiştir (Şener,s. 626).

99 Tekinalp, s. 227.

100 Süre belirlerken, örneğin yönetim kurulunun eksikliği durumunda, onun yeniden oluşturulması için gerekli olan asgari zamanı göz önüne almak ve buna göre süre belirlemek gerekir. Yargıtay bazı kararlarında, mahkeme tarafından organ boşluğunun giderilmesi için verilen bir aylık süreyi uygun bulmamıştır. Bkz. 11.HD. 27.05.1986 T., E. 2643, K. 3230, Şener, s. 628). Yine bir başka kararında Yargıtay, iki aylık süreyi de çok kısa bulmuştur (11. HD. 6.3.1985, E. 1985/1041 T., K. 1226, Şener, s. 628). Ayrıca bkz. 11. HD. 24.11.1981 T., K. 4751/5019; 11. HD. 15.5.1984 2678/2631, (Poroy&Tekinalp&Çamoğlu, s. 1556)

Sona erme kararını verecek olan mahkeme bu kararı vermeden önce mutlaka yönetim kurulunu dinlemek zorundadır¹⁰¹. Yönetim kurulunun bulunmadığı durumlarda kayyımın da dinlenmesi gerekir¹⁰². Organ boşluğu nedeniyle şirketin feshi isteminde, bu ortaklığa kanuna uygun bir şekilde tebligat yapılmadan gerekli karar verilemez¹⁰³. Hâkim gerekli gördüğünde kayyım tayini gibi tedbirleri alabilir¹⁰⁴. Kayyım ortaklık işlemleriyle ilgilenmek, ortaklığın aktiflerini güvence altına almak yanında, açılmış olan bu davanın takibini de gerçekleştirmelidir¹⁰⁵. Ortaklığın feshi, süre sonunda eksikliğin giderilmemesinin doğal sonucudur¹⁰⁶.

Genel kurulun her toplanamama durumu fesih sebebi sayılamaz. Sırf anonim şirketin faaliyetini icra edebilmesi için genel kurulun toplanmasının zorunlu olduğu durumlarda gerekli çoğunluğun temin edilememesi yüzünden toplanamaması fesih sebebini gerçekleştirir¹⁰⁷. Bu tür durumlarda toplanıp karar çoğunluğunun sağlanamaması da aynı sonucu doğurur¹⁰⁸. Genel kurulun toplanamaması ve bu nedenle bilânçonun onaylanamaması da bir fesih sebebidir¹⁰⁹.

Bir organın görev süresi sona erince, o organın görevi de kural olarak yeni üyelerin seçilmesine kadar, ancak mevcut işlerin yürütülmesi amacıyla sınırlı olarak devam eder¹¹⁰. Bu durum da belirli bir süre devam eder, ancak bekleme süresi makul ölçüleri aşarsa, artık organsızlıktan ortaklığın feshi dava edilebilir¹¹¹.

101 Tekinalp, s. 227.

102 Bilge, s. 270.

103 Y. 11. HD. 30.9.1986 T., E. 4258/ K. 4924 [Eriş, (1995), s. 710].

104 Bkz. 530'uncu madde gerekçesi; Kayyım tayini nizasız kaza ile ilgili olup, istem, değişik işlere değil, esas işler defterine kayıt ile incelenmeli ve karara bağlanmalıdır. Kayyım tayini isteminde hukuki yarar yoksa, bu kayyım tayini istemi reddedilir [Y. 11. HD. 1994 T., E. 1274/K. 421 (Eriş (1995), s. 713)].

105 Şener, s. 627.

106 11. HD. 21.1.1982 T., E. 5597, K. 151 (Şener, s. 629).

107 Tekil, s. 678.

108 Arslanlı, s. 192.

109 Tekil, s. 679.

110 Ayrıca bkz. Y. 11. HD. 15.5.1984 T., E. 2678/K. 2831 [Eriş, G. (2010) *Açıklamalı- İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu*, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 3107].

111 Pulaşlı (2005), s. 416.

B. HAKLI SEBEPLERLE FESİH

Haklı sebeplerle fesih konusu 6102 sayılı TTK. md. 531'de düzenlenmiştir¹¹². Anılan hüküm yeni bir maddedir. Haklı sebeplerin varlığında, esas sermayenin en az onda birini, halka açık şirketlerde ise yirmide birini¹¹³ temsil eden pay sahiplerine¹¹⁴ mahkemeden şirketin feshini talep hakkı tanınmıştır¹¹⁵. Anılan asgari oran emredici nitelikte olup bunun esas sözleşme ile ağırlaştırılması mümkün değildir. Bu oranda paya bir pay sahibinin sahip olması şart değildir. Birden fazla pay sahibi de bir araya gelerek söz konusu hakkı kullanabilir. Esas sözleşme ile daha düşük bir oran öngörülebilir¹¹⁶. Anılan hüküm bozucu yenilik doğurucu nitelikte bir davadır¹¹⁷. Azınlığın çoğunluk tarafından kötüye kullanılması korunmuştur. Dolayısıyla 531'inci madde hükmüyle anonim şirketler hukukunda çoğunluğun hâkimiyetinin kötüye kullanılmasına karşı, azlık pay sahipleri haklı sebeple fesih davası yoluyla korunmaktadır¹¹⁸. Fesih davasında genel kurul, yönetim kurulu ve çoğunluk pay sahipleri davalı olamaz. Fesih davasında sadece anonim şirket davalı olabilir. Diğer ortaklar bu davaya fer'i müdahil olarak katılabilirler¹¹⁹. 531'inci maddede fesih davasının açılması konusunda herhangi bir süre öngörülmemiştir. Ancak bu dava dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde açılmaz. Dolayısıyla dava açma süresinde dürüstlük kuralına bağlı kalınması gerekir. Bu sebeple haklı sebeple fesih davası, azınlığın haklı sebebi öğrenmesinden itibaren uygun bir süre içerisinde açılmalıdır¹²⁰. Fesih davası anonim şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde açılır. Mahkemenin fesih kararı bütün pay sahiplerine karşı etkilidir¹²¹.

Fesih davasının dayanağı haklı sebeplerin varlığıdır¹²². Anonim şirketi sona erdirmeye yönelik fesih davasında ileri sürülen sebepler, sona erdirmeyi

112 TTK. md. 531'in kaynağı İsviçre BK. md. 736/b. 4 hükmüdür.

113 531'inci maddede belirtilen yüzde on veya yüzde beş oranın dava sonuna kadar var olması gerekir.

114 Şirket alacaklılarının ve yönetim kurulu üyelerinin dava ehliyeti yoktur. Ayrıca pay sahipliği sıfatı dava sonuna kadar devam etmelidir.

115 *Tekinalp'e* göre kapalı aile tipi veya pilot nitelikteki anonim şirketlerde tek pay sahibine veya esas sözleşmede belirlenecek bir azınlığa anonim şirketi feshetmeyi bildirme yetkisi tanınabilir (Poroy&Tekinalp&Çamoğlu, s. 1567).

116 Bkz. 531'inci madde gerekçesi; Karahan, s. 771; Bilge, s. 272.

117 Pulaşlı (2015), s. 1962.

118 Karahan, s. 770.

119 Şener, s. 631.

120 Şener, s. 631.

121 Pulaşlı (2015), s. 1969.

122 Böckli, Peter, s. 1993.

haklı kılacak biçimde çok önemli ve esaslı olmalıdır¹²³. Haklı sebep kanunda tanımlanmamış, bu kavramın niteliklerinin gösterilmesi ve tanımlanması yargı kararlarıyla öğretiye bırakılmıştır¹²⁴. 531'inci madde hükmü daima son çare olarak anlaşılmalıdır¹²⁵. Şener'e ve *bize göre* haklı sebeple fesih davası tâli bir araçtır¹²⁶. Bu sebeple yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davasının veya genel kurul kararlarına karşı butlanın tespiti ya da iptal davasının haklı sebeple fesih davasına göre önceliği vardır. Bu nedenle örneğin genel kurul kararıyla bir ortağa adil olmayan şekilde davranılmışsa, kural olarak bu kararın iptaliyle bu haksızlık kolaylıkla giderilebilir¹²⁷. Haklı veya önemli sebepler hakkın kötüye kullanılması yasağı açısından yorumlanması gereken bir genel hükümdür. Pay sahiplerinden objektif olarak şirketin ortağı olmaya devam etmelerinin beklenemeyeceği ve üçüncü kişilerin de (özellikle çalışanların) menfaatinin şirketin devam etmesini mecbur kılacak şekilde olmadığı durumlarda haklı sebebin varlığından söz edilir¹²⁸. Haklı sebepler aşağıdaki kıstaslara göre değerlendirilmelidir¹²⁹:

1. Haklı sebepler her münferit olaya göre değerlendirilmelidir.
2. Azınlık ile çoğunluk pay sahipleri arasındaki menfaatler değerlendirilirken somut olayın unsurları ve özellikle ekonomik ve sosyal sonuçlar dikkate alınmalıdır.

Mahkemeler fesih davasını ihtiyatla değerlendirmeli ve duruma uygun düşen diğer bir çözümü karara bağlayabilmelidir¹³⁰. İleri sürülen sebeplerin haklı olup olmadığı hususu hâkimin takdirindedir¹³¹. Haklı sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda tanık dinleneceği gibi, hâkim özellikle ortaklığın defter ve belgeleri üzerinde bilirkişi incelemesi de yaptırabilir¹³². Ayrıca hâkim talep üzerine geçici önlemler alabilir¹³³.

123 Hayoz, Arthur Mayer, Forstmoser, Peter (2007) *Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Zehnte Auflage, Bern, Schulthess Verlag*, s. 537; Pulaşlı, (2012), s. 832.

124 Bkz. 6102 sayılı Kanun md. 532 gerekçesi; Haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediği her olayın özelliğine göre mahkeme tarafından değerlendirilmelidir. Bu bir takdir sorunudur. Hâkim, MK. md. 4 çerçevesinde anonim ortaklıkta haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediği hususundaki kararını hukuka ve hakkaniyete uygun olarak vermelidir (Şener, s. 631).

125 Pulaşlı (2015), s. 1962; Karahan, s. 771; Şener, s. 630.

126 Şener, s. 630.

127 Şener, s. 631.

128 Karahan, s. 771; Pulaşlı, (2016), s. 529.

129 Pulaşlı (2015), s. 1963; Kervankıran, s. 49.

130 Pulaşlı (2015), s. 1964; Kervankıran, s. 47.

131 Karahan, s. 772.

132 Şener, s. 632.

133 Pulaşlı (2015), s. 1968.

Türk hukukunda haklı sebeplere aşağıda belirtilenler örnek olarak gösterilebilir:

1. Şirketin işleyişinin felce uğratılması,
2. Genel kurulda oyların karar almayı engelleyecek şekilde eşit olarak ikiye bölünmesi ve bunun karar alınamaz bir sürece dönüşmesi,
3. Yönetim kurulunun işleyemez duruma gelmesi¹³⁴.
4. Anonim şirketin çok uzun bir süre hiçbir projesini gerçekleştirememesi¹³⁵.

Şener sona erme nedeni olarak haklı sebeplere aşağıdaki örnekleri vermektedir¹³⁶:

1. Mali açıdan ortaklıktan devamlı olarak verim elde edilememesi ve ek sermaye getirilse bile verimsizliğin devam edecek olması,
2. Bütün ortakların sebep olduğu ve anonim şirketi felç eden anlaşmazlıklar içerisinde meydana gelen durumlar,
3. Ortaklıkta güçlü ve yönetim kurulunun tek üyesi olan bir ortağın, kendisine düşen temel yükümlülükleri ifa etmemesi, görevini kötüye kullanması.

İsviçre hukukunda ise haklı sebeplere aşağıda belirtilenler örnek olarak gösterilebilir:

1. Genel kurulun birçok kez kanuna aykırı bir şekilde toplantıya çağrılmış olması,
2. Azlık pay sahiplerinin hakları ile bireysel hakların devamlı ihlâli,
3. Bilgi alma ve inceleme haklarının engellenmesi,
4. Şirketin sürekli zarar etmesi,
5. Özellikle küçük şirketlerde payların kolay elden çıkarılmadığı durumlarda yönetici ortakların açık bir amaçla şirketin içini boşaltmaları,
6. Dağıtılan kâr payının düzenli olarak azalması¹³⁷.

531'inci maddenin gerekçesinde hâkimin şirketi feshetmesi yerine başka hukuki çözümlere de gidebileceğini belirtmektedir¹³⁸. Görüleceği üzere dava,

134 Karahan, s. 772.

135 Y. 11. HD. 15.5.1984 T., E. 2678/K.2831 (Eriş, Gönen (1995) Anonim Şirketler Hukuku, Birinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 699).

136 Şener, s. 632.

137 Bkz. 531'inci madde gerekçesi.

138 TTK. md. 531, HMK. md. 26/I ve II'ye karşı önemli bir istisna oluşturur.

alternatif çözümlü bir davadır. Mahkeme, öncelikle diğer alternatif çözümleri araştırmalıdır¹³⁹. Hâkimin bulacağı çözümün duruma uygun olması ve ilgili tüm taraflarca kabul edilebilir olması gerekir¹⁴⁰. Örneğin mahkeme aşağıdaki çözümlere başvurabilir¹⁴¹:

1. Esas sözleşme değişikliği yaparak belli oranda kâr dağıtma zorunluluğu karara bağlanabilir¹⁴².
2. Davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına karar verebilir¹⁴³.
3. Davacı azlık pay sahipleri arasından biri yönetim kuruluna alınabilir.
4. Fesih yerine esas sözleşmede daha hafif değişiklikler yapılabilmesi ve hatta dava esnasında tespit edilen ve geçersiz kabul edilen esas sözleşmedeki bir hükmün esas sözleşmeden çıkarılması sağlanabilir.
5. Şirketin bölünmesi mümkündür¹⁴⁴.
6. Şirketin işletmesinin ayrılarak bir yavru şirket kurulması ve bu şirketin paylarının satılmasına karar verilmesi.
7. Uygun bir yeni pay sahibi şirkete ortak olarak alınabilir.
8. Şirketi sağlığa kavuşturabilecek sermaye azaltma yoluyla kısmi tasfiyeye hükmedebilir¹⁴⁵.

C. BİRLEŞME

Birleşme ile şirketin sona ermesi 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu md. 529/(1) f'de düzenlenmiştir. Geçerli birleşmeler 137'nci maddede düzenlenmiştir. 137'inci maddeye göre sermaye şirketleri sermaye şirketleriyle birleşebilir. Dolayısıyla anonim şirket bir anonim şirketle ya da limited şirketle birleşebilir. Bir anonim şirket bir kooperatifle de birleşebilir. Şahıs şirketleri

139 Bilge, s. 274.

140 Karahan, s. 773.

141 Burada belirtmek gerekir ki ortaklığa yönelik olmayan ve ortaklıktan bir davranış talep etmeyen, aksine çoğunluk ortaklarına yönelik tedbirler alınması ve uygulanması mümkün değildir (Şener, s. 634).

142 Şener, s. 634. Esas sözleşme değişikliği yapılarak ortaklığın devam etmesine olanak tanınmaktadır.

143 Bilgili&Demirkapı, s. 658.

144 Ortaklığın bölünmesi sağlanarak ortaklığın devam etmesine olanak sağlanmaktadır.

145 Bkz. 6102 sayılı Kanun md. 531 gerekçesi.

devrolunan şirket olmaları şartıyla anonim şirketle birleşebilir. Anonim şirketin devrolunan şirket olması kaydıyla bir başka şirketle veya kooperatifle birleşmesi durumunda tüzel kişiliği sona erer. Anonim şirketin bir başka ortaklıkla birleşmesi malvarlığını devreden anonim ortaklık bakımından iradi bir fesih sebebidir¹⁴⁶. Çünkü birleşme kararı veya birleşme sözleşmesinin genel kurulda onaylanmasıyla şirketin sona erdiği durumlarda sona erme yönündeki irade genel kurulun iradesidir¹⁴⁷.

SONUÇ

Çalışmada aşağıda gösterilen sonuçlara ulaşılabilmektedir:

1. Anonim şirketin sona ermesi durumu fesih ya da infisah durumuyla gerçekleşir. Sona erme sebepleri genel sebepler ve özel sebepler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İnfisahın olabilmesi için kanunda ve/veya esas sözleşmede öngörülen nedenlerden birinin gerçekleşmesi gerekir.
2. Anonim ortaklıkta tasfiye, ortaklığın malvarlığının paraya çevrilmesi, alacakların tahsil edilmesi, borçların ödenmesi sonucunda elde kalan net malvarlığının tasfiye payı hükümleri uyarınca pay sahiplerine dağıtılması ve ticaret unvanının sicilden silinmesini içeren bir dizi işlemi içerir. Sona erme ile tasfiyeye girme arasında başka bir aşama yoktur.
3. Anonim şirket sürenin sona ermesine rağmen işlere fiilen devam etmek suretiyle belirsiz süreli duruma gelmemişse, esas sözleşmede öngörülen sürenin sona ermesiyle sona erer. Süre bitiminde işlere devam edilmemesi durumunda da anonim şirket sona ermiş olur. Bu durumda her pay sahibi, şirketin sona erdiğinin tespiti hususunda bir tespit davası açma hakkı vardır.
4. Kanun koyucu, genel amaca ulaşmak için icra edilen faaliyetlerin gerçekleşmiş olmasını veya gerçekleşmesinin imkânsız hale gelmesini bir sona erme sebebi olarak öngörmektedir. Ancak maksat elde edilmeden önce, esas sözleşme değiştirilip anonim şirkete yeni iştigal konusu kazandırılarak infisah önlenebilir.
5. Esas sözleşmede bir sona erme sebebi öngörülmüş ise bu sebebin gerçekleşmesi durumunda anonim şirket kendiliğinden sona erer. Esas sözleşmeye daha sonra konulacak bir kayıtla belirli durumların gerçekleşmesi ile ortaklığın sona ereceği öngörülebilir.

146 Pulaşlı (2015), s. 1969.

147 Kayar (2015), s. 483.

6. Anonim şirketin esas sözleşmesine 6102 sayılı TTK. ve diğer kanunlarda öngörülme­yen fesih ve sona erme sebeplerinin konulması ve bunlardan birinin gerçekleşmesi durumunda ortaklığın feshinin mahkemen­den talep edilmesi de mümkündür. Esas sözleş­mede fesih davasının kimler tarafından açılacağı konusunda hiçbir hüküm yoksa her pay sahibi ortaklığın feshini mahkemen­den talep edebilir.
7. Genel kurul, ortaklığın feshine her zaman karar vermek yetkisine sahiptir. Ortaklığın feshi önemli bir karar olduğundan genel kurul kararının, esas sermayenin yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahipleri veya temsilcilerinin fesih yönündeki oylarıyla alınması gerekir. İlk toplantıda bu yeter sayıya ulaşılmadığı takdirde, ikinci toplantıda aynı nisap aranır.
8. Anonim şirketin iflâsı, tasfiye halinde olup olmamasından bağımsızdır. 6102 sayılı Kanun md. 529/I. c'ye göre şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinin iflas kararı ile birlikte anonim şirket derhal sona erer. Anonim şirketin iflâsını bir veya birden fazla alacaklılar genel iflâs yolu veya kambiyo senetlerine mahsus iflâs yolu ya da doğrudan iflâs yolundan birini izleyerek gerçekleştirebilirler¹⁴⁸. Anonim şirketin takipli, doğrudan ya da borca batıklık sebebiyle iflâsına karar verilmesi sona erme bakımından farksızdır¹⁴⁹. Anonim şirket yönetim kurulu da sermayenin 2/3'ünü aşan kısmının veya tamamının yitirilmiş veya anonim şirketin aktiflerinin borçlarını karşılayamaması durumunda derhal mahkemeye başvurarak ortaklığın iflâsını talep etmekle yükümlüdür.
9. Devamlı sayılabilecek şekilde kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı olan işlemlerde veya faaliyette bulunma durumu konusunda fesih davası sadece sermaye şirketlerine özgülenmiştir. Fesih davasının açılması için bir yıllık süre verilmiştir.
10. Genel kurul makul bir süre içinde toplanmaz veya azalan sermayenin tamamlanmasına ya da kalanla yetinilmesine (asgari sermaye tutarı olan 50.000 TL'den aşağı olmamak kaydıyla) ve ortaklığın devamına karar almazsa, her pay sahibi anonim şirketin infisah ettiğinin tespitini mahkemen­den talep ve dava edebilirler.
11. Mahkeme, ilgililerin talebi üzerine MK. md. 89 hükmüne dayanarak, amacı kanuna veya ahlâka aykırı hale gelen tüzel kişinin feshine karar verir.

148 Daha fazla bilgi için bkz. Poroy&Tekinalp&Çamoğlu, s. 1552-1554.

149 Kayar (2015), s. 484.

12. Şirketin tabiiyetinin değişmesi veya merkezinin yurtdışına çıkması şirketin feshini doğurmayıp sicilden kaydının silinmesi sonucunu doğurur.
13. “Kanunen gerekli olan organlar” terimi öğretiyile mahkeme kararlarına bırakılmıştır. Gerekli organın mevcut olmaması ile kastedilen genel kurul ve yönetim kurulunun gerçekten bulunmamasıdır.
14. Haklı sebeplerin varlığında, esas sermayenin en az onda birini, halka açık şirketlerde ise yirmide birini temsil eden pay sahiplerine mahkemedeki şirketin feshini talep hakkı tanınmıştır. Anonim şirketi sona erdirmeye yönelik fesih davasında ileri sürülen sebepler, sona erdirmeyi haklı kılacak biçimde çok önemli ve esaslı olmalıdır. Haklı sebep kanunda tanımlanmamış, bu kavramın niteliklerinin gösterilmesi ve tanımlanması yargı kararlarıyla öğretiye bırakılmıştır. Mahkemeler fesih davasını ihtiyatla değerlendirmeli ve duruma uygun düşen diğer bir çözümlü karara bağlayabilmelidir. Hâkim şirketi feshetmek yerine başka hukuki çözümlere de gidebilir.
15. Anonim şirket bir anonim şirketle ya da limited şirketle birleşebilir. Bir anonim şirket bir kooperatifle de birleşebilir. Şahıs şirketleri devrolunan şirket olmaları şartıyla anonim şirketle birleşebilir. Anonim şirketin devrolunan şirket olması kaydıyla bir başka şirketle veya kooperatifle birleşmesi durumunda tüzel kişiliği sona erer. Anonim şirketin bir başka ortaklıkla birleşmesi malvarlığını devreden anonim ortaklık bakımından iradi bir fesih sebebidir.

KAYNAKLAR

Arslan, İbrahim (2010) *Şirketler Hukuku Bilgisi*, Ondördüncü Baskı, Konya, Mimoza Yayıncılık.

Arslanlı, Halil (1961) *Anonim Şirketler*, Birinci Baskı, İstanbul, Fakülte-ler Matbaası.

Bahtiyar, Mehmet (2015) *Ortaklıklar Hukuku*, Onuncu Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.

Başbuğoğlu, Tarık (1988) *Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu Açıklamalar İçtihatlar*, Birinci Baskı, Ankara Yayınevi.

Bilge, Mehmet Emin (2012) "Anonim Şirketin Sona Ermesi ve Tasfiyesi", EÜHFD., C. XVI, S. 1-4, s. 261-293.

Bilgili, Fatih, Demirkapı, Ertan (2013) *Şirketler Hukuku*, Dokuzuncu Baskı, Bursa, Dora Yayıncılık.

Böckli, Peter (2004) *Schweizer Aktienrecht*, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag.

Bürgi, Wolfhardt (1957) *Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft b/2: Art: 698-738*, Zürich, Schulthess & Co. AG., 850._

Doğanay, İsmail (2004) *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, Dördüncü Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.

Eriş, Gönen (1995) *Anonim Şirketler Hukuku*, Birinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Eriş, Gönen (2010) *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu*, İkinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Hayoz, Arthur Mayer, Forstmoser, Peter (2007) *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, Zehnte Auflage, Bern, Schulthess Verlag, 850._

Peter, Hayoz, Arthur Mayoz (1976) *Einführung in das Schweizerische Aktienrecht*, Zürich, Verlag Stampfli.

Hirsch, Ernst (1940) *Ticaret Hukuku Dersleri*, Cilt 2: Ticaret Şirket ve Teşekkülleri, Birinci Baskı, İstanbul, Arkadaş Basımevi.

Hoffmann-Becking, Michael (2000) *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band: 4 Aktiengesellschaft*, München, Verlag C. H. Beck.

Karahan, Sami (Editör) (2015) *Şirketler Hukuku*, İkinci Baskı, İstanbul, Mimoza Yayıncılık.

Kayar, İsmail (1997) *Anonim Ortaklıkta Mâli Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler*, Birinci Baskı, Konya, Mimoza Yayıncılık.

Kayar, İsmail (2015) *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku*, Üçüncü Baskı, Kayseri, Seçkin Yayıncılık.

Kervankıran, Emrullah (2015) *Anonim Şirketlerin Tasfiyesi*, Birinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Poroy, Reha, Tekinalp, Ünal, Çamoğlu, Ersin (2010) *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, Onikinci Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık.

Pulaşlı, Hasan (2005) *Şirketler Hukuku Temel Esaslar*, Üçüncü Baskı, Adana, Karahan Kitabevi.

Pulaşlı, Hasan (2016) *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Dördüncü Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Pulaşlı, H. (2015) *Şirketler Hukuku Şerhi*, İkinci Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Şener, Oruç Hami (2015) *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, İkinci Baskı, İzmir, Seçkin Yayıncılık.

Tekil, Fahiman (1974) *Şirketler Hukuku*, II. Cilt: Anonim Şirketler, İkinci Baskı, İstanbul, Yörük Yayınevi.

Tekinalp, Ünal (2015) *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Dördüncü Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

**YARGITAYCA VERİLEN BOZMA YAHUT BÖLGE ADLİYE
MAHKEMELERİNCE VERİLEN GÖNDERME KARARLARINDAN SONRA
ISLAH YAPILIP YAPILAMAYACAĞI SORUNU**

Yrd. Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN*
Arş. Gör. Cansu KORKMAZ**

ÖZET

Bu çalışmada, bölge adliye mahkemelerinin fiilen göreve başlamalarından sonra, Yargıtay tarafından verilecek bozma kararları üzerine ıslahın mümkün olup olmadığı incelenmiştir. Bununla birlikte bölge adliye mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesinden sonraki aşamada da ıslah yapılabilmesi meselesi ele alınmıştır. Bu çerçevede, anılan konuya ilişkin bugüne kadar verilmiş Yargıtay kararları ve öğretide ileri sürülen görüşler değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Islah, bozma kararı, bozmadan sonra ıslah, usûlî işlem, bölge adliye mahkemeleri.

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Ana Bilim Dalı.

THE PROBLEM OF AMENDMENT OF PLEADING AFTER ANNULMENT OF DECISION OF COURT OF CASSATION AND REVERSAL DECISION OF REGIONAL COURT OF JUSTICE

ABSTRACT

In this study, after the Regional Courts of Justice begin the active duty, whether or not parties can make any amendment upon the appeal decision of the Court of Cassation is examined. Likewise, the paper also discusses the issue of amendment upon the decision of reversal of the case by the Regional Courts of Justice to the courts of first instance. Within this scope, the propounded opinions in the doctrine and the decisions of the Court of Cassation are evaluated.

Keywords: Amendment of pleading, annulment decision, regional court of justice.

GİRİŞ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 141'inci maddesinde iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı düzenlenmiştir. Zikredilen maddenin ikinci fıkrasında iddia veya savunmasını genişletmek yahut değiştirmek isteyen taraf açısından karşı tarafın açık muvafakati ve ıslah kurumu saklı tutulmuştur. Şu halde iddiasını veyahut savunmasını değiştirmek veya genişletmek isteyen taraf, karşı tarafın açık muvafakatini elde edemez ise, başvurabileceği tek yol ıslah hakkının kullanılmasıdır.

Islah kurumu açısından, özellikle ıslah yolu ile yapılabilecekler ve ıslahın kapsamı noktasında Türk hukuk öğretisi ve uygulamasında ciddi tartışmalar yapılmaktadır. Bu çerçevede iki içtihadı birleştirme kararı ile birlikte tartışılan temel meselelerden biri de, Yargıtay tarafından hükmün bozulması ve ilk derece mahkemesinin bozma kararına uyması üzerine yapılan yargılamada ıslah imkânının kullanılıp kullanılmayacağıdır. Anılan mesele, 20.07.2016 tarihinde bölge adliye mahkemelerinin göreve başlaması ile daha da önem arz edecektir.

Bu çalışmada ilk olarak ıslah kurumunun ne olduğu, ıslah kurumuna neden ihtiyaç duyulduğu ve hangi şartların varlığı hâlinde ıslaha başvurulabileceği ele alınmıştır. Daha sonra ise asıl inceleme konumuz olan, bölge adliye mahkemeleri tarafından dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesinden ve Yargıtay'ca bölge adliye mahkemesinin istinaf başvurusunu esastan reddi kararına ilişkin verilen bozma kararına ilk derece mahkemesinin uymasından sonraki aşamada tarafların ıslah yolunu kullanıp kullanamayacağı hususu ele alınmıştır. Bu çerçevede, anılan meseleye ilişkin öğretilerde savunulan görüşler de ortaya konmuş ve uygulamadaki durumun yansıtılması amacıyla konuya dair Yargıtay'ın farklı kararlarına ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlayacağı tarihin ilân edilmesi üzerine¹, yargılama sistemimizin iki dereceli olmaktan çıkıp üç dereceli olacağı göz önüne alındığında, bozma karardan sonra ıslaha başvurulmasına dair görüşlerin ve konuya dair içtihadı birleştirme kararının yeniden gözden geçirilmesi ihtiyacı doğmuştur. Buna karşın, Yargıtay 06.05.2016 tarihinde, bozmadan sonra ıslahın yapılamayacağına ilişkin 1948 tarihli ve aşağıda incelediğimiz içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesine gerek olmadığına

1 Bkz. Resmi Gazete, T: 07.11.2015, S: 29525.

karar vermiştir². Bu noktada, ıslahın yargılama hukukumuzdaki yerinin yeniden belirlenmesi, amacına uygun bir şekilde kullanılabilmesi, ıslaha ilişkin hükümlerin Kanun'un amacına ve yargılama hukukunun ilkelerine uygun olarak yorumlanabilmesine hizmet etmesi amacıyla, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasından sonraki durumu da değerlendirmek maksadıyla bu çalışma yapılmıştır.

I. ISLAH

A. GENEL OLARAK

Islah kelime olarak düzeltme, iyileştirme anlamına gelmektedir³. Bir terim olarak ıslah ise, iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı kapsamına giren ve karşı taraf açıkça muvafakat etmediği için yargılamaya dâhil edilemeyen hususların ileri sürülmesini sağlayan bir usûl hukuku kurumudur⁴. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 176'ncı maddesinde, tarafların yapmış oldukları usûl işlemlerini ıslah edebileceklerinden söz edilmekle

- 2 Şifahi olarak bu makalenin yazarlarının, makalenin yazımından sonra öğrendiği bu husus, bir Yargıtay tetkik hâkimi tarafından sosyal medya hesabı üzerinden de paylaşılmıştır. <<https://twitter.com/hugur23/status/728618328282017792>> s.e.t. 19.5.2016.
- 3 Bkz. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.570ff76d9084d5.01259336> s.e.t. 14.4.2016.
- 4 Öğretide yapılan benzer yöndeki tanımlar için bkz. Arslan, Ramazan & Yılmaz, Ejder & Taşınpar Ayvaz, Sema (2016) Medenî Usûl Hukuku, Birinci Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 520; Kuru, Baki (2015) Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, Birinci Baskı, İstanbul, Legal Yayınları, s. 463; Postacıoğlu, İlhan E. & Altay, Sümer (2015) Medenî Usûl Hukuku Dersleri, Yedinci Baskı, İstanbul, Vedat Yayınları, s. 537; Tutumlu, Mehmet Akif (2015) Kuram ve Uygulama Işığında Medenî Usûl Hukukunda Islah, Üçüncü Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 17; Pekcanitez, Hakan & Atalay, Oğuz & Özkes, Muhammet (2013) Medenî Usûl Hukuku, Ondördüncü Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 615; Yılmaz, Ejder (2013) Medenî Yargılama Hukukunda Islah, Dördüncü Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 52; Karlı, Abdurrahim (2012) Medenî Muhakeme Hukuku, Üçüncü Baskı, İstanbul, Alternatif Yayınları, s. 676; Muşul, Timuçin (2012) Medenî Usûl Hukuku, Üçüncü Baskı, Ankara, Adalet Yayınları, s. 303; Görgün, L. Şanal & Kodakolu, Mehmet (2012) 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 205; Atalı, Murat (2009) 'Islah Yoluyla İleri Sürülen Talep Bakımından Zamanaşımının Kesildiği Tarih', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C: 11, s. 122; Alangoya, Yavuz & Yıldırım, M. Kâmil & Deren Yıldırım, Nevhis (2009) Medenî Usûl Hukuku Esasları, Yedinci Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s. 266; Kuru, Baki (2001) Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Altıncı Baskı, C: IV, İstanbul, Demir-Demir Yayınevi, s. 3965; Üstündağ, Saim (1997) Medenî Yargılama Hukuku, Altıncı Baskı, İstanbul, Alfa Yayınevi, s. 549; Bilge, Necip & Önen, Ergun (1978) Medenî Yargılama Hukuku, Üçüncü Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 358; Ansay, Sabri Şakir (1950) 'Islah', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: VII, S: 1, s. 123.

birlikte, ifadenin Kanun'un 141'inci maddesi ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁵. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu 141'inci maddesinde iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağını düzenledikten sonra, bu yasağı aşmanın yolları olarak karşı tarafın açık muvafakati ve ıslahı saklı tutmuştur. Şu halde yasak kapsamında olan hususların ıslah ile ileri sürülebilmesi mümkünken, yasak kapsamında olmayan hususların ıslah ile ilgisi bulunmamaktadır⁶.

5 Bu çerçevede Kanun'un kullanmış olduğu "usûl işlemi" ifadesinden hareketle uygulamada ve öğretide her türlü usûl işleminin ıslah ile düzeltilip düzeltilemeyeceği tartışması yapılmaktadır. Yargıtay'ın ıslahla ilgili verdiği tanımlardan bazıları ise şöyledir: "Islah taraflardan birinin usûle ilişkin bir işlemini kısmen veya tamamen düzeltilmesine olanak tanıyan bir yöntem olup, iddia ile savunmanın genişletilmesi yasağının istisnalarından biridir", Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2011/1-364, K: 2011/453, T: 29.06.2011, <www.kazanci.com> s.e.t. 06.04.2016. "Islah bir dava değişikliği veya tarafın ulaşmak istediği amaca uygun olmayan kendi işlemlerini değiştirmesidir.", Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 2011/8169, K: 2012/10456, T: 14.06.2012; Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E: 2007/15312, K: 2008/3738, T: 10.03.2008; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2005/13-97, K: 2005/150, T: 16.03.2005, <www.kazanci.com> s.e.t. 06.04.2016.

6 Bunun dışında öğretilde, bazı kurumlar açısından, kanaatimizce ıslah kurumuyula ilgisiz tartışmalar yapılmaktadır. Örneğin; ilk itirazlar cevap süresinde ve cevap dilekçesiyle ileri sürülmesi gerektiğinden, ıslahla sonradan ileri sürülemez denilmektedir. Bkz. Yılmaz (2013), s. 142-143; Pekcanitez & Atalay & Özekes, s. 618; Kuru (2001), C: IV, s. 4016; Postacıoğlu, İlhan E. (1975) Medenî Usûl Hukuku Dersleri, Altıncı Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, s. 455-456; ; Üstündağ, Saim (1967) İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul, Cezaevi Matbaası, s. 89; Ansay, Sabri Şakir (1960) Hukuk Yargılama Usûlleri, Yedinci Baskı, Ankara, Güzel Sanatlar Matbaası, s. 193. Kanaatimizce bunu ayrıca belirtmeye ihtiyaç yoktur; zira ilk itirazların yasak ile bir ilgisi yoktur. Ayrıca cevap dilekçesi vermemiş olan davalının ıslah ile cevap dilekçesi verip vermeyeceği hususu da tartışılmıştır. Bir görüşe göre, süresinde cevap dilekçesi vermemiş olan davalının, ıslah ile kaçırılmış olduğu süreyi canlandırarak cevap dilekçesi vermesi mümkün değildir. Zira ıslahla tarafların yaptıkları usûl işlemleri düzeltilebileceğinden, burada mevcut olmayan bir işlemin ıslahından da söz edilemez. Aksi durum, ıslahın amacıyla bağdaşmaz. Bkz. Üstündağ (1967), s. 100; Üstündağ, Saim (1962), 'Süresinde Cevap Layihası Vermemenin Müeyyidesi Vardır', İstanbul Barosu Dergisi, C: XXXVI, S: 4-5-6, s. 35. Diğer görüşe göre ise, cevap dilekçesi vermemiş olmak, esas hakkındaki savunmaları ileri sürmeye engel teşkil etmez. Bkz. Karafakih, İsmail Hakkı (1962) 'Cevap Layihası Vermemiş Olan Davalı Müruruzaman Def'ini Dermeyan Hakkını İskat Etmiş midir?', İstanbul Barosu Dergisi, C: XXXVI, S: 1-2-3, s. 15; Karafakih, İsmail Hakkı (1952), Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, s. 144. Kanaatimizce bu tartışmaya da gerek bulunmamaktadır. Zira cevap dilekçesi verilmemesi Kanun'da bir sonuca bağlanmıştır. Nitekim cevap dilekçesi vermeyen davalının, davacının ileri sürdüğü vakıaları inkâr ettiği düzenlenmiştir (HMK m. 128). Dolayısıyla cevap dilekçesi vermeyen davalı da cevap dilekçesi verip inkârla yetinen davalı gibi ıslah yoluna başvurabilmelidir. Bununla birlikte, cevap dilekçesinin unsurları, Kanun'un 129'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Burada yer alan unsurlardan, yalnızca def'iler ve dava dosyasından anlaşılmayan vakıalar yasak kapsamındadır. Bunun dışında kalan savunma sebeplerinin de (dava şartları, ilk itirazlar, karşı dava, harç ve hâkimin reddi gibi sair usûlî karşı koymalar) nasıl ve ne zamana kadar ileri sürülebileceği ayrıca düzenlenmiştir. Zamanaşımı def'nin ıslahla

İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı çerçevesinde, taraflar belli bir yargılama kesitine kadar, yeni bir vakıa getirebilir yahut talep sonucunu değiştirip genişletebilir. Yasağın temelini ise, teksif ilkesi oluşturmaktadır⁷.

Medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkeleri düzenleyen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (m. 24-33), somut bir şekilde teksif ilkesini zikretmemekle birlikte, öğretide ve uygulamada iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına ilişkin hükümler bu çerçevede izah edilmektedir⁸. İddia ve savunma nedenlerinin belli bir usûl kesitine kadar ileri sürülebilmesi-

ileri sürülüp sürülmeyeceği noktasında ise, bir görüşe göre, ıslahın amacına uygun olarak, süresinde cevap dilekçesi verilmemiş olsa bile ıslahla zamanaşımın ileri sürülmesine izin vermek gerekir. Teksif ilkesinin istisnası olan ıslah kurumundan cevap dilekçesi vermemiş olan davalıyı yararlandırmamak, şekilciliğin maddî gerçekliğe tercih edilmesi olur. Bkz. Yılmaz (2013), s. 415; Meriç, Nedim (2009), 'Zamanaşımı Def'ine İlişkin Bazı Medenî Yargılama Hukuku Meseleleri', Halûk Konuralp Anısına Armağan, C: I, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 660; Pekcanitez, Hakan & Akyazılı, Erdem (2008), 'İslaha İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi', Uğur Alacakaptan'a Armağan, C: II, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 556-558; Kuru (2001), C: IV, s. 4038; Önen, Ergun (1979), Medenî Yargılama Hukuku, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 177; Karafakih (1962), s. 17 vd.; Ansay (1950), s. 123. Diğer görüşe göre ise, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının ıslahla aşılabilmesi için davalının süresinde cevap dilekçesi vermiş olması gerekir. Dolayısıyla süresinde cevap dilekçesi vermemiş olan davalı, ıslahla zamanaşımı def'ini ileri süremez. Bkz. Postacıoğlu, s. 455-456; Üstündağ (1962), s. 22-26. Yukarıda da belirttiğimiz gibi ıslahın cevap dilekçesi ile tek bağlantısı yasağın başlangıcı açısından dır. Cevap dilekçesinin verilmemesi durumunda, cevap süresinin dolması ile birlikte davalı açısından da yasak başlar. Bu andan sonra, yasak kapsamına giren bir def'inin de ıslah ile ileri sürülebileceği konusunda tereddüt etmemek gerekir. Keza hukukî sebeplerin de ıslaha konu olup olmayacağı tartışması da aynı gerekçelerle anlamsızdır. Bkz. "...Hukukî nitelendirme hâkime ait olup, hâkim tarafların hukukî nitelendirmesiyle bağlı olmadığından, ıslahın konusu da dava sebebi olan maddî vakıalar olup, hukukî sebepler ıslaha konu edilemezler.", Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2014/3618, K: 2014/3872, T: 16.05.2014, Tutumlu, s. 46-47.

7 Kuru (2015) s. 463; Yılmaz (2013) s. 45; Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 368; Akcan, Recep (2003) s.240 Hükümün Bozulmasından Sonra İslah, Ünal Tekinalp'e Armağan, C: II, İstanbul, Beta Yayınları, s. 859; Kuru (2001) C: IV, s. 3965; Üstündağ, (1967) s. 117; Bilge, Necip (1967) Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 263. Esasen yasak ve teksif ilkesinin bire bir örtüştüğünden de söz etmek mümkün değildir. Zira teksif ilkesi vakıalar ve delilleri kapsarken, delillerin ıslah ile ilgisi yoktur. Diğer bir ifade ile daha önce gösterilmeyen bir delilin ileri sürülebilmesi ıslah ile mümkün olamaz. Zira delillerin sonradan ileri sürülmesi Kanun'un 145. maddesi ile ayrıca düzenlenmiştir. Buna karşılık ıslah kurumu da vakıalar ve talep sonucu ile ilgilidir. Oysa teksif ilkesi talep sonucu hakkında bir şey söylemez. Buna rağmen, yasağın temelinde teksif ilkesini söylemenin hatalı olmadığı kanaatindeyiz.

8 Arslan & Yılmaz & Taşpınar Ayvaz, s. 156; Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 368; Karşı, s. 324; Alangoya & Yıldırım & Deren Yıldırım, s. 185; Üstündağ (1997) s. 252 vd.; Alangoya, Yavuz (1979) Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 4; Bilge & Önen, s. 297 vd.

nin dayanağı ise, davaların gereksiz yere uzamasının önlenmesi ve yargılamaların bir yerde nihayete erdirilebilmesidir⁹. Zira taraflara, yargılama süresince yeni vakıa getirebilme imkânı tanınacak olsa idi, bir hüküm elde edilerek uyuşmazlığın sona erdirilebilmesi çok zor yahut imkânsız olurdu. Dolayısıyla teksif ilkesi, bir ihtiyaçtan ortaya çıkmış ve yargılamayı disipline etmek için getirilmiştir¹⁰. İşte ıslah, teksif ilkesine dayanan iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının başlangıcından sonra, taraflara bir defaya mahsus olmak üzere tanınmış bir hakkı ifade etmektedir (HMK m. 176/I, II).

Anayasal bir ilke olan adil yargılanma hakkının (AİHS m. 6; An. m. 36) bir unsuru olan hukukî dinlenilme hakkının, bu ilke ve yasakla sınırlandırıldığı şüpheden uzaktır¹¹. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27'nci maddesi çerçevesinde, ilgililerin kendileri ile ilgili, hukukî durumlarını etkileyecek meseleler hakkında açıklama yapabilmeleri mümkün olmalıdır¹². Oysa teksif ilkesi, öngörülen yargılama kesiti geçtikten sonra açıklama yapmaya izin vermemektedir. Hiç şüphesiz adil yargılanma hakkının da (AİHM içtihatları dikkate alındığında¹³) sınırlanabilmesi mümkündür. Ancak yine söz konusu

9 Yılmaz (2013), s. 459; Karşlı, s. 325; Bilge & Önen, s. 359; Postacıoğlu, s. 453-454.

10 Yılmaz (2013), s. 49-50; Pekcanitez & Atalay & Özekes, s. 368; Akcan, s. 859; Üstündağ (1967), s. 4-6; Bilge, s. 264.

11 Özekes, Muhammet (2003) Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 76-77. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bozmadan sonra ıslah yapılamamasına yönelik bireysel başvuru talebi üzerine vermiş olduğu bir kararında, başvuranın iddiasını mülkiyet ve etkili yola başvuru hakkına dayanmış olmasına rağmen, konunun mahkemeye erişim hakkı ile ilgili olduğunu belirtmiş ve incelemesini bu yönde gerçekleştirmiştir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/5934, K.T. 26.02.2015, para. 26.

12 Arslan & Yılmaz & Taşınar Ayvaz, s. 148; Kuru (2015), s. 215; Pekcanitez & Atalay & Özekes, s. 393 vd.; Alangoya & Yıldırım & Deren Yıldırım, s. 187; Özekes (2003), s. 106 vd.; Pekcanitez, Hakan (2000), "Hukukî Dinlenilme Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edise Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, s. 743 vd.

13 Aerts v. Belgium, 25357/94, 30.7.1998; Airey v. Ireland, 6289/73, 9.10.1979; Ait-Mouhoub v. France, 22924/93, 28.10.1998; Al-Adsani v. UK, 35763/97, 21.11.2001; Andronicou and Constantinou v. Cyprus, 25052/94, 9.10.1997; Androsov v. Russia, 63973/00, 6.10.2005; Ates Mimarlik A.S. v. Turkey, 33275/05, 25.09.2012; Bakan v. Turkey, 50939/99, 12.6.2007; Beles and Others v. Czech Republic, 47273/99, 12.11.2002; Bellet v. France, 23805/94, 4.12.1995; Belotserkovets v. Russia, 34679/03, 3.7.2008; Biziuk v. Poland, 15670/02, 15.1.2008; Bobrowski v. Poland, 64916/01, 17.6.2008; Brualla Gomez de la Torre v. Spain, 26737/95, 19.12.1997; Burdov v. Russia, 59498, 7.5.2002; Cakir and Others v. Turkey, 25747/09, 4.6.2013; Chernyayev v. Ukraine, 15366/03, 26.7.2005; Cordova v. Italy, 40877/98, 30.1.2003; Cudak v. Lithuania, 15869/02, 23.3.2010; De Geouffre de la Pradelle v. France, 12964/87, 16.12.1992; De Haes and Gijssels v. Belgium, 19983/92, 24.2.1997; Del Sol v. France, 46800/99, 26.2.2002; Edificaciones March Gallego S. A. v. Spain, 28028/95, 19.2.1998; Erkus v. Turkey, 61196/11, 4.12.2012; Esim v. Turkey, 59601/09, 17.9.2013; Essaadi v. France, 49384/99, 26.2.2002; Fociac v. Romania, 2577/02, 3.2.2005; Gnahore v. France, 40031/98, 19.9.2000; Golder v. UK, 4451/70, 21.02.1975; Grishechkin and Others v. Ukraine, 26131/02, 3.5.2005; Herma v. Germany, 54193/07, 8.12.2009; Hornsby v. Greece, 18357/91, 19.3.1997; Iğuscheva v. Russia, 36407/02, 9.2.2006; Iordache v. Romania,

içtihatlarla göre bu sınırlamanın meşru bir amacı olmalı, uygun bir araç seçilmesi ve amaç ile araç orantılı olmalıdır¹⁴. Teksif ilkesi, yargılamaların belirli bir noktada bitirilmesi noktasında, yargılamayı disipline etmek gibi meşru bir amaca hizmet etmektedir. Ancak, yukarıda da belirtildiği gibi, sınırlamanın ihlâl teşkil etmemesi için meşru bir amaca sahip olması koşullardan yalnızca biridir. Aynı zamanda söz konusu sınırlama için kullanılan araç uygun ve amaç ile orantılı olmalıdır. Dolayısıyla teksif ilkesi, tarafların hukukî dinlenil-

6817/02, 14.10.2008; Janosevic v. Sweden, 34619/97, 23.7.2002; Jedamski and Jedamska v. Poland, 73547/01, 26.7.2005; Kaba v. Turkey, 1236/05, 01.03.2011; Kadlec v. Czech Republic, 49478/99, 25.4.2004; Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany, 59021/00, 12.12.2002; Karakasoglu v. Turkey, 39105/09, 10.4.2012; Karhuvaara v. Finland, 53678/00, 16.11.2004; Kart v. Turkey, 8917/05, 3.12.2009; Kniat v. Poland, 71731/01, 26.7.2005; Kornikov and Others v. Ukraine, 36575/02, 7.10.2003; Krapivnitsky v. Ukraine, 60858/00, 17.9.2002; Kreuz v. Poland, 28249/95, 19.6.2001; Kutic v. Croatia, 48778/99, 1.3.2002; Leoni v. Italy, 43269/98, 26.10.2000; Levages Prestations Services v. France, 21920/93, 23.10.1996; Lobo Machodo v. Portugal, 15764/89, 20.2.1996; M. C. v. Finland, 28460/95, 25.1.2001; M.A.K. and R.K. v. UK, 45901/05, 23.3.2010; Markovic and Others v. Italy, 1398/03, 14.12.2006; Marpa Zeeland B.V. and Others v. Holland, 43600/99, 9.11.2004; McElhinney v. Ireland, 31253/96, 21.1.2001; McVigar v. UK, 46311/99, 7.5.2002; Mehmet and Suna Yigit v. Turkey, 52658/99, 17.7.2007; Melnyk v. Ukraine, 23436/03, 28.3.2006; Nikolenko v. Russia, 38103/04, 26.3.2009; Nowinski v. Poland, 25924/06, 20.10.2009; Nunes Dias v. Portugal, 69829/01, 10.4.2003; Oleynikov v. Russia, 36703/04, 14.3.2013; Osu v. Italy, 36534/97, 11.7.2002; P., C., S. v. UK, 56547/00, 16.7.2002; Pérez de Rada Cavanilles v. Spain, 28090/95, 28.10.1998; Pini and Others v. Romania, 78028/01, 22.6.2004; Podbielski and PPU Polpure v. Poland, 39199/98, 26.7.2005; Prince Hans Adam II von Liechtenstein v. Germany, 42527/98, 12.7.2001; R.D. v. Poland, 29692/96, 18.12.2001; Reklous and Davourlis v. Greece, 1234/05, 15.1.2009; Reuther v. Germany, 74789/01, 5.6.2003; Rutkowski v. Poland, 45995/99, 19.10.2000; Sabeh el Leil v. France, 34869/05, 29.6.2011; Sabri Günes v. Turkey, 27396/06, 24.5.2011; Sace Elektrik Ticaret A.Ş. v. Turkey, 20577/05, 22.10.2013; Saez Maeso v. Spain, 77837/01, 9.11.2004; Saoud v. France, 9375/02, 9.10.2007; Seal v. UK, 50330/07, 7.12.2010; Selin Asli Öztürk v. Turkey, 39523/03, 13.10.2009; Sergey Smirnov v. Russia, 14085/04, 22.12.2009; Shmalko v. Ukraine, 60750/00, 20.7.2004; Sialkowska v. Poland, 8932/05, 22.3.2007; Smyk v. Poland, 8958/04, 28.7.2009; Sovtransavto v. Ukraine, 48553/99, 25.7.2002; Stankov v. Bulgaria, 68490/01, 12.7.2007; Staroszczyk v. Poland, 259519/00, 2.3.2007; Steel and Morris v. UK, 68416/01, 15.2.2005; Stegarescu and Bahrin v. Portugal, 46194 /06, 6.4.2010; Tabor v. Poland, 12825/02, 27.6.2006; Tolstoy and Miloslavski v. UK, 18139/91, 13.7.1995; Toyaksi and Others v. Turkey, 43569/08, 20.10.2010; Tsalkitzis v. Greece, 11801/04, 16.11.2006; Ülger v. Turkey, 28505/95, 26.6.2007; Urbanek v. Austria, 35123/05, 9.12.2010; Volnykh v. Russia, 10586/03, 17.12.2009; Waite and Kennedy v. Germany, 26083/94, 18.2.1999; Walchli v. France, 35787/03, 26.7.2007; Wasserman v. Russia, 15021/02, 18.11.2004; Weber v. Germany, 30203/03, 2.10.2007; Weissman and Others v. Romania, 63945/00, 24.5.2006; Wos v. Poland, 22860/02, 8.6.2006; X v. UK, 8158/78, 10.7.1980; Yagtzilar ad Others v. Greece, 41727/98, 6.12.2001; Z and Others v. UK, 29392/95, 10.5.2001; Zednik v. Czech Republic, 74328/01, 28.6.2005; Zvolsky and Zvolkska v. Czech Republic, 46129/99, 12.11.2002, <http://hudoc.echr.coe.int/tur#{“documentcollectionid2”:[“GRANDCHAMBER”];“CHAMBER”]}> s.e.t. 06.04.2016.

14 Erdoğan, Gülnur (2011) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara, Adalet Yayınları, s. 36-37; Kaşıkara, M. Serhat (2009) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye, Ankara, Adalet Yayınları, s. 113; İnceoğlu, Sibel (2007) Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Ankara, Şen Matbaası, s. 21.

me hakkını ortadan kaldıracak şekilde katı uygulanmamalıdır¹⁵. Bu nedenle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda teksif ilkesinin bir uzantısı olan yasağın olumsuz/ihlâl teşkil edecek yönlerinin sınırlanması için ıslah kurumu düzenlenmiştir¹⁶.

B. ISLAHIN AMACI

Islah, usûlî bir kurum olarak yargılama hukukunun amacına hizmet etmelidir¹⁷. Dolayısıyla, tarafların haklarının korunması ve gerçekleşmesi ile maddî hukukun gerçekleşmesini sağlamalıdır¹⁸. Esasen bu amaca hizmet eden ıslah ile eksik vakıalar ve/veya talep sonucu sebebiyle maddî gerçeğe aykırı karar verilmesi engellenmiş olur¹⁹.

- 15 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na nazaran teksif ilkesini yumuşatmıştır. Yazılı yargılama usûlünde, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının, davacı bakımından dava dilekçesinin mahkemeye sunulmasıyla, davalı bakımından ise cevap dilekçesinin davacıya tebliğiyle başlayacağı öngörülüyordu. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise, davacının cevaba cevap dilekçesi, davalının ikinci cevap dilekçesi ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise karşı tarafın açık izniyle iddia ve savunmalarını genişletip değiştirebileceği düzenlenmiştir (HMK m. 141/I, c. 1). Bununla birlikte, taraflardan biri ön inceleme duruşmasına mazeretsiz olarak katılmadığı takdirde, duruşmaya gelen taraf serbestçe iddia ve savunmalarını genişletip değiştirebilecektir (HMK m. 141/I, c. 2). Basit yargılama usûlünde ise, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı, davacı bakımından davanın açıldığı tarih, davalı bakımından ise cevap dilekçesinin mahkemeye verildiği tarih itibarıyla başlar (HMK m. 319/I). Bu yargılama usûlünde, ön inceleme duruşmasına mazeretsiz olarak gelmeyen tarafın rızası aranmaksızın gelen tarafın iddia ve savunmasını genişletip değiştirme hakkı bulunmaktadır (HMK m. 322/I). Kanaatimizce yazılı yargılama usûlü açısından yasağın başlangıcının ötelenmesi, bu noktada isabetli olmuştur.
- 16 Yılmaz (2013) s. 46-47; Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 368; Alangoya & Yıldırım & Deren Yıldırım, s. 266; Kuru (2001), C: II, s. 1822; Kuru, Baki (1995) Hukuk Muhakemeleri Usûlü El Kitabı, İstanbul, Alfa Yayınevi, s. 647; Bilge & Önen, s. 359; Üstündağ (1967), s. 118-120; Bilge, s. 264, 317; Ansay (1950), s. 123.
- 17 Medenî usûl hukukunun amacı konusunda ileri sürülen görüş ve tartışmalar için bkz. Atalı, Murat (2014) Medenî Usûl Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 90; Yılmaz (2013) s. 29 vd.; Taşpınar, Sema (1999) 'Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu', Faruk Erem Armağanı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 761 vd.; Postacıoğlu, s. 4-5; Grunsky, Wolfgang (1974) Grundlagen des Verfahrensrecht, Bielefeld, s. 1 vd.; Jauernig, Othmar (1971) 'Materielles Recht und Prozessrecht', JuS, s. 329 vd.; Pawlowski, Hans M., 'Aufgabe des Zivilprozessrecht', ZZZ 80, s. 345 vd.; Bülow, Oscar, 'Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts', ZZZ 27, s. 201 vd.; Musielak & Musielak, Einleitung, Rn. 5; Rimmelpacher, Bruno (1966) Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess, Göttingen, s. 23; Stein & Jonas & Brehm, vor Art. 1, Rn. 28.
- 18 MüKo-ZPO & Rauchscher, Einleitung, Rn. 8; Stein & Jonas & Brehm, vor Art. 1, Rn. 12-13; Grunsky, s. 6; Rimmelpacher, s. 19.
- 19 Islah kurumunun usûl ekonomisine de hizmet edeceği yönünde bkz. Yılmaz (2013), s.78-81; Yılmaz, Ejder (2008) 'Usûl Ekonomisi', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 57, S: 1, s. 256.

İslah ile tarafların iddia ve savunmalarında bulunan eksikliklerin tamamlanmasına imkân tanınmış olur²⁰. Örneğin, dava konusunun zamanaşımına uğradığı olgusunun def'i olarak ileri sürülmesi gerektiğini bilmeyen veya zamanaşımı def'ini davanın başında ileri sürmeyen davalının, ıslahla sonradan bu savunma sebebini ileri sürmesi mümkündür²¹. Zira zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi, savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı kapsamındadır ve en geç ikinci cevap dilekçesiyle davanın başında ileri sürmesi gerekir (HMK m. 141/I)²². Süresinde zamanaşımı def'ini ileri sürmeyen davalının, karşı tarafın muvafakatini alamaması durumunda, ıslah imkânı da tanınmasaydı, ön inceleme duruşmasına ilişkin istisna bir kenara bırakılır ise, daha sonra bu def'iyi ileri sürmesi söz konusu olamazdır²³.

Yukarıda ifade edildiği üzere iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnalarından biri olan ıslah ile teksif ilkesinin yumuşatılarak, hak arama özgürlüğüne ve hukukî dinlenilme hakkına aykırı olacak şekilde katı biçimde düzenlenmemesi amaçlanmıştır. Dolayısıyla, ıslah yargılama hukukunun şekilciliğinin yumuşatılmasına ve bu şekilciliğin doğuracağı hak kayıplarının azaltılmasına da yardımcı olmaktadır²⁴. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kararlarında usûl hukuku kurumlarının katı ve şekilci yorumlanmasının mahkemeye erişim hakkının ihlâli sonucu doğurabileceğini belirtmektedir²⁵.

C. ISLAHIN KOŞULLARI

İslah kurumuna ıslaha elverişli bir talebin bulunması durumunda, taraflardan her biri diğer tarafın iznine veya mahkemenin onayına gerek olmadan, kanunda öngörülen süre içinde gerekli giderler ödenerek başvurulabilmektedir. İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağını aşma yolu

20 Pakel, Nafi (2009) 'İslah Yolu ve 1948 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı', İstanbul Barosu Dergisi, C: 83, S: 6, s. 3115; Tutumlu, s. 19; Yılmaz (2013), s. 86-87.

21 Yılmaz (2013), s. 415; Ansay (1950), s. 123-124.

22 Hukuk Muhakemeleri Kanunu 141'inci maddesinde ayrıca ön inceleme duruşmasına taraflardan birinin mazeretsiz olarak gelmemesinin yaptırımı olarak diğer tarafın iddia veya savunmasını serbestçe genişletip değiştirebilmesi yaptırımına bağlamıştır. Dolayısıyla davalı, eğer davacı mazeretsiz olarak ön inceleme duruşmasına gelmez ise, bu duruşmada da zamanaşımı def'ini ileri sürebilir.

23 Yılmaz (2013), s. 85.

24 Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 369; Yılmaz (2013), s. 85.

25 Bu yönde bkz. Zednik v. Czech Republic, 74328/01, 28.6.2005, para. 29-31; Kadlec v. Czech Republic, 49478/99, 25.4.2004, para. 27, 29

olan ıslaha başvurulabilmesi için birtakım koşullar aranmaktadır. Bunun dayanağı ise, davaların gereksiz yere uzamasının ve bu yolun kötüye kullanılmasını engellenmek istenmesidir²⁶.

Islah yoluna taraflardan her birinin, sadece bir defa başvurabileceği düzenlenmiştir (HMK m. 176/II). İkinci kez ıslah talebi olması durumunda, mahkeme re'sen bu talebi reddeder. Bu düzenlemenin nedeni, ıslah kurumunun davaların geciktirilmesi ve sürüncemede bırakılması amacıyla kullanılmasını engellemektir. Islahın böyle bir sakıncasının ortadan kaldırılması adına, ayrıca birtakım yaptırımlar da öngörülmüştür. Nitekim ıslaha davayı uzatmak veya karşı tarafı rahatsız etmek gibi kötüniyetle başvurulmasına dair deliller ve belirlenirler varsa, hâkim ıslahı dikkate almaz ve karşı tarafın bu sebeple uğradığı zararların disiplin para cezasının ödenmesine karar verir (HMK m. 182)²⁷.

Islah talebinde bulunan tarafın, ıslahla geçersiz hâle gelen işlemler için yapılan yargılama giderleri ile karşı tarafın uğradığı ve uğrayacağı zararlar için hâkimin takdir edeceği teminatı bir hafta içerisinde mahkeme veznesine yatırması gerekir. Bu koşul yerine getirilmediği takdirde, ıslah yapılmamış sayılır (HMK m. 178/I). Karşı tarafın zararının kesin olarak belirlenmesinden sonra, mahkeme veznesine yatırılan miktar eksikse tamamlattırılır, fazla ise geri verilir (HMK m. 178/II). Islah hakkının kötüye kullanılmasını önlemek ve karşı tarafın ıslah sonucunda uğradığı veya uğrayacağı zararları karşılamak amacıyla, bu giderlerin ödenmesi öngörülmüştür. Islah yoluna başvuran tarafın davayı kazanması durumunda dahi, bu giderlerden karşı taraf sorumlu değildir²⁸.

26 Yılmaz (2013), s. 459; Postacıoğlu, s. 453-454; Bilge & Önen, s. 359; Bilge, s. 317.

27 Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda ise, ıslahın kötüniyetle yapılması durumunda geçersiz sayılmayıp, karşı tarafın zararlarının ve para cezasının ödenmesine karar verileceği düzenlenmişti. Bu durumda, kötüniyetle yapılan işlem geçersiz sayılmadığından, anılan düzenleme eleştirilmekteydi. Bkz. Yılmaz (2013), s. 621; Bilge, s. 323. Mevcut düzenleme açısından ise, hâkimin ıslahı dikkate almayacağı öngörüldüğüne göre nasıl bir zararın ortaya çıkabileceği bir eleştiri olarak ileri sürülebilir.

28 Yılmaz (2013), s. 519-520; Karşlı, s. 682-683; Kuru (2001), C: IV, s. 3885 vd.; Kuru (1995), s. 650-651; Bilge & Önen, s. 361-362; Arslan, Ramazan (1989) Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 92-95; Postacıoğlu, s. 456; Bilge, s. 319; Ansay, (1960) s. 188. "...Somut olayda iptal tescil isteğine dönüştürülmüştür. Ne var ki ıslah eden taraf ıslah ile birlikte bu tarihe kadar olan yargılama giderleri ve harçtan sorumludur. Oysa 17.11.2005 tarihli dilekçe neticesinde mahkemece usûlî işlemler tekemmül ettirilerek harç ve yargılama giderlerinden davacı taraf sorumlu tutulmamıştır. Öyleyse 17.11.2005 tarihli dilekçe ile yapılmak istenen işlemi bir ıslah olarak kabul etmek imkânsızdır. Mahkemece anılan husus göz ardı edilerek 17.11.2005 tarihli dilekçeyi ıslah olarak kabul etmek suretiyle neticeye gidilmiş olması doğru değildir." Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E: 2012/5158, K: 2012/8301, T: 02.07.2012, Tutumlu, 352-353.

İslah yoluna, belirli bir süre içerisinde başvurulabilir. Yukarıda zikredildiği üzere, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının başladığı andan itibaren, ıslah yoluna gidilebilir. Bununla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 177'inci maddesinin birinci fıkrasında bir azami süre de öngörülmüştür. Buna göre ıslah yoluna ancak tahkikat aşamasının sona ermesine kadar başvurulabilir²⁹. Kurumun niteliği dikkate alındığında, makul bir sınırlama olduğu söylenmelidir. Zira tahkikat sona erdikten sonra yeni bir vakıa getirilebilmesi mümkün olmamalıdır. Şu halde, bu düzenlemeden hareketle kanun yolu aşamasında ıslahın söz konusu olup olmayacağı ve özellikle dosyanın bozmadan sonra tekrar ilk derece mahkemesinin önüne geldiği durum ile faaliyete başladıkları zaman bölge adliye mahkemeleri açısından bu zamansal sınırlamanın incelenmesi gerekmektedir.

İstinaf kanun yolu açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 357'nci maddesi ile açıkça istinaf kanun yolunda ıslaha başvurulamayacağı düzenlenmiştir. Buna gerekçe olarak şu hususlar ileri sürülmüştür³⁰: İslah, tarafların yaptıkları usûl işlemlerinin düzeltilmesini sağlayan bir kurumken, istinaf kanun yolu ilk derece mahkemesinin yargılamaya ilişkin hatalarının düzeltilmesine hizmet eder. İlk derece mahkemesinde, tahkikatın sonuna kadar yeni vakıaların getirilmesi ve talep sonucunun genişletilip değiştirilmesi mümkün olmasına rağmen, istinaf kanun yolunda iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesine izin verilmemiştir. Ayrıca bu düzenlemenin temelinde hukukumuzda dar istinaf sisteminin benimsenmiş olmasının yattığı da savunulmuştur³¹. Bu sistemde, taraflar yeni vakıalar ileri süremez ve yeni delillere

29 İslahın yapılacağı son an olarak, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, tahkikata tâbi olan ve olmayan şeklinde bir ayırım öngörmüştü. Buna göre, tahkikata tâbi olan davalarda tahkikat sona erene kadar, tahkikata tâbi olmayan davalarda ise yargılamanın sonuna kadar ıslah yoluna başvurulabilirdi (HUMK m. 84). "...Mahkemece davanın karar aşamasında olduğundan bahisle davacıların ıslah için süre talepleri reddedilmiştir. Kural olarak tahkikat bitinceye kadar davanın ıslahı mümkün olup, mahkemece davacılar bu yöndeki talepleriyle ilgili mehil verilerek, sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, davanın ıslahı için davacılar süre verilmemiş olması da usûl ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.", Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E: 2011/8355, K: 2012/3420, T: 21.02.2012, Tutumlu, s. 365-367.

30 Karşlı, s. 806; Özkes, Muhammet (2011) Sorularla Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), İkinci Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 70; Akkaya, Tolga (2009) Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 297; Türkiye Adalet Bakanlığı (2007) Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, Türkiye Cumhuriyeti'nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Ankara, s. 56.

31 Arslan & Yılmaz & Taşpınar Ayvaz, s. 599; Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 615; Karşlı, s. 680; Muşul, s. 303; Akkaya, s. 283; Alangoaya & Yıldırım & Deren Yıldırım, s. 514 vd.; Özkes, Muhammet (2004) 260Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi-Özellikle İstinaf, Legal Hukuk Dergisi, 2014/23, s. 3111; Kuru (2001), C. V, s. 3965; Üstündağ (1997), s. 549; Önen, s. 177.

dayanamaz. Anılan düzenleme, ilk derece yargılamasındaki iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının devamı olarak öngörülmüştür³².

Hülasa, istinaf kanun yolunda, ıslaha başvurulması açıkça yasaklandığından, ıslah yoluyla iddia ve savunmalar ile talep sonucu değiştirilemez ve genişletilemez. Bununla birlikte, öğretide haklı olarak ileri sürülen bir görüşe göre istinaf aşamasında vakıaların incelenebilmesi ve gerektiğinde bilirkişi raporu alınabilmesi göz önüne alındığında, karşı tarafın muvafakati veya ıslah yoluyla talep sonucunun artırılmasına izin verilmesi gerekir³³. Zira halen cari hüküm uygulanacak olursa, tarafları, konusu, sebebi aynı olan bir davaya ilişkin bir ek dava açılacaktır. Bu sebeple yargılamanın uzamaması ve uyumsuzlukların kesin olarak sona erdirilmesi için ilk derece mahkemelerinde olduğu gibi karşı tarafın muvafakati veya ıslahla talep sonucunun artırılmasına imkân tanınması yerinde olurdu³⁴. Nitekim Anayasa Mahkemesi, ıslah ile talep sonucunun artırılmayacağına dair hükmü iptal ederken, söz konusu hükmün kişileri yeniden dava açmaya zorlaması sebebiyle de anayasaya aykırı olduğunu belirtmiştir³⁵.

Keza Yargıtay aşamasında da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 177'nci maddesi uyarınca ıslah ancak tahkikat tamamlanıncaya kadar yapılabileceğinden ve temyiz incelemesinde tahkikat söz konusu olmadığından ıslah yapılabilmesi mümkün değildir.

32 Akkaya, s. 185. Aksi görüş için bkz. İstinaf El Kitabı, s. 55. Öğretide ıslahı yasaklayan Kanun'un 357'nci maddesinin, istinaf sebepleri açısından da geçerli olup olmadığı tartışılmıştır. Bir görüşe göre, istinafta yalnız davanın konusunu belirleyen dava dilekçesinin ve davalı savunmasının içeriğini belirleyen cevap dilekçesinin değil, her türlü taraf usul işleminin ıslahı yasaklanmıştır. Dolayısıyla istinaf ve temyiz başvurusunun hukukî dayanağını belirleyen başvuru dilekçelerinin ıslahı da yapılamayacaktır. Umar, Bilge (2014), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İkinci Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 1036-1037. Diğer bir görüşe göre ise Kanunda istinaf aşamasında ıslah yasaklanmış olmakla birlikte, ıslah yasağı dava sebepleri ve talep sonucu bakımından geçerlidir. Nitekim istinaf dilekçesinde gösterilen istinaf sebeplerinin ıslahını yasaklayan bir hüküm bulunmadığından, ilk derece yargılamasındaki hükümler geçerli olmalıdır. Bu nedenle, istinaf aşamasında istinaf sebepleri bakımından ıslaha başvurulabilir. Akkaya, s. 181, 185-186. Kanaatimizce bu tartışmanın da esasen ıslah kurumu ile ilgisi yoktur. Zira istinaf sebebi olarak ileri sürülen hususlar, ne yeni bir vakıa ne de talep sonucu ile ilgilidir. İlk derece yargılamasında maddi vakıa ve hukukî sebep yönünden yapılan hatalar (HMK m. 342/II, e), bölge adliye mahkemesinde ileri sürülür. Sebep gösterilmemiş olması durumunun yaptırımı da yine Kanun'da (HMK m. 342/III, m. 355) açıkça düzenlenmiştir.

33 Akkaya, s. 298.

34 Akkaya, s. 298.

35 Anayasa Mahkemesi Kararı, E: 1999/1, K: 1999/33, K. T. 20.07.1999, Resmi Gazete, T: 4.11.2000, S: 24220.

İslahın yapılabilmesi zaman bakımından tartışmalı olan esas sorun ise bu makalenin yazarlarının, makalede esas olarak cevabını aradıkları ve müteakip bölümde inceledikleri, dosyanın bölge adliye mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesine gönderilmesinden sonra yahut bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararına karşı yapılan istinaf başvurusunun reddi üzerine verilen hükmün Yargıtay tarafından bozulması sonrası dosyanın önüne geleceği ilk derece mahkemesinde ıslah yapıp yapılamayacağı hususudur.

II. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ TARAFINDAN DOSYANIN İLK DERECE MAHKEMESİNE GÖNDERİLMESİNDEN YAHUT HÜKMÜN YARGITAY TARAFINDAN BOZULMASINDAN SONRA İLK DERECE MAHKEMESİ ÖNÜNDE İSLAH MÜMKÜN MÜDÜR?

A. GENEL OLARAK

Yargıtay aşamasında ıslaha yoluna başvurulması yukarıda da belirtildiği üzere kabul edilmemiştir (HMK m. 177). Yargıtay'ın vakıa mahkemesi değil, salt bir hukukî denetim mahkemesi olması sebebiyle bu hususun yerinde olduğu da belirtilmelidir. Bölge adliye mahkemelerinde de ıslahın yapılamayacağı (HMK m. 357/I) yukarıda incelendi. Dolayısıyla sadece ilk derece mahkemelerinde ıslah yoluna başvurulabilecektir³⁶. Ancak Yargıtay'ın veya Bölge Adliye Mahkemesi'nin ilk derece mahkemesi olarak görev yaptığı durumlarda da ıslah yapılabilmesi kabul edilmelidir³⁷.

Bölge adliye mahkemelerinin göreve henüz başlamadığı şu dönemde, ıslahın kanun yolu incelemesinden sonra yapıp yapılamayacağına ilişkin durum şu şekildedir: Yargıtay, temyiz sebeplerinden birini veya birden fazlasını bölge adliye mahkemesi kararında tespit ettiği takdirde, hükmü tamamen veya kısmen bozar. Bozma kararından sonra ilk derece mahkemesi, bozma kararına uyulup uyulmayacağına karar verir. İlk derece mahkemesinin bozmaya uyma kararı vermesi hâlinde, dava yeniden tahkikat aşamasına girer. Bu aşamada, ıslah yoluna başvurulup başvurulmayacağı hususunda, Kanunda bir hüküm yer almamaktadır; ancak, konuya ilişkin Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde verilen iki ayrı içtihadı birleştirme kararı bulunmaktadır. 04.02.1948 tarihli ve 10/3 sayılı ilk içtihadı birleştirme kararında mahkeme açıkça bozmadan sonra ıslah yapılamayacağını, aksi kabulün usûlî müktesep hakkın çiğnenilmesi sonucu doğurabileceğini kapsamlı olarak belirtmiştir³⁸. 04.02.1959

36 Yılmaz (2013), s. 518; Akcan, s. 874.

37 Yılmaz (2013), s. 518.

38 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, E: 10/K: 3, T: 04.02.1948, Resmi Gazete, T: 17.06.1948,

tarihli ve 13/5 sayılı ikinci içtihadı birleştirme kararında ise, bozmadan sonra yeniden yargılamanın tahkikat aşamasına geçeceği belirtilmiştir³⁹. Bu iki içtihadı birleştirme kararının değerlendirilmesi ve ilk derece mahkemesinin bozma kararına uymasından sonra ıslah yoluna başvurulup başvurulmayacağına ilişkin Yargıtay'ın farklı kararları bulunmakta ve öğretide bu kararlar eleştirilmekle birlikte konuya dair farklı görüşler ileri sürülmektedir.

20.07.2016 tarihinde bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasından sonra ise, şu sorun ortaya çıkacaktır: Kural olarak Yargıtay tarafından verilecek bozma kararı üzerine, dosya bölge adliye mahkemesinin önüne gelecektir (HMK m. 373/II). Yukarıda zikredildiği üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 357'nci maddesi uyarınca, bölge adliye mahkemelerinde ıslah yapılabilmesi açıkça engellenmiştir. Şu halde, bölge adliye mahkemeleri göreve başladıktan sonra Yargıtay tarafından verilecek bozma kararları üzerine, dosyanın bölge adliye mahkemesinin önüne gelmesinden sonra, ıslahın yapıp yapılamayacağı tartışmasını kanun koyucu açık hükümlerle sona erdirmiştir⁴⁰. Ancak Kanun'un 373'üncü maddesinin birinci fıkrası gereğince bölge adliye mahkemesinin istinaf başvurusunu esastan reddeden kararı, Yargıtay tarafından bozulacak olursa, dosya ilk derece mahkemesinin önüne gelecektir. Bozmadan sonra dosyanın ilk derece mahkemesi önüne gelmesi hâlinde de ıslahın yapıp yapılamayacağı tartışması önemini korumaktadır.

Bölge adliye mahkemesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi çerçevesinde, ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak davanın yeniden görülmesi için kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine karar verdiği durumda ise, bu karardan sonra dosyanın tekrar önüne geldiği ilk derece mahkemesinde ıslahın yapıp yapılamayacağı hususunun da tespit edilmesi gerekir.

S: 6934. Usûlî müktesep hak, içtihadı birleştirme kararı ile ortaya konmuştur. Usûlî müktesep hak ve istisnaları konusunda bkz. Yavaş Murat (2015) Medenî Usûl Hukukunda Temyiz, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 140-154; Karslı, s. 869; Üstündağ, Saim (2010) 'Uyulan Bozma İlâmının Bağlayıcı Gücü', Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara, Adalet Yayınları, s. 453; Kuru, Baki (2006) 'Usûlî Müktesep Hak (Usûle İlişkin Kazanılmış Hak)', Makaleler, İstanbul, Arıkan Yayınları, s. 329 vd.; Kuru (2001), C. V, s. 4737; Üstündağ (1997), s. 883; Kuru (1995), s. 832 vd.; Önen, s. 316; Bilge & Önen, s. 671; Postacıoğlu, s. 756.

39 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, E: 13/K: 5, T: 04.02.1959, Resmi Gazete, T: 28.04.1959, S: 10193.

40 Kanaatimizce olması gereken hukuk açısından, yukarıda da belirttiğimiz gibi bu düzenleme yerinde değildir. Yeniden vakia denetimi yapan bölge adliye mahkemesi önünde, örneğin yapılan bilirkişi incelemesi üzerine tarafın daha fazla zararının olduğu ortaya çıkacak olur ise, bunu söz konusu dava içerisinde ileri sürebilmelidir.

B. YARGITAY KARARLARI

I. Genel Olarak

Yargıtay Hukuk Daireleri'nin, hükmün bozulmasından sonra ıslaha başvurulup başvurulmayacağı hususuna ilişkin farklı kararları nedeniyle 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile ilgili çelişki giderilmeye çalışılmıştır. Anılan kararda, ıslahın tahkikatın bitmesi ve hüküm verilmesine kadarki olan zaman kesitinde yapılabileceği, Yargıtay'ın bozma kararı sonrasında ıslahın mümkün olmayacağı, aksi durumun bozmadan sonra doğan kazanılmış hakları ihlâl edebileceğini, tamamen ıslah durumunda davanın değiştirilebilmesi karşısında yargılamanın nihayete erdirilmesinin güçleşebileceği sonucuna varılmıştır. Bu karardan daha sonra çıkan ve doğrudan ıslah kurumuyla ilgili olmayan 1959 tarihli diğer içtihadı birleştirme kararında ise, bir mahkeme kararının temyiz incelemesi sonunda Yargıtay'ca bozulması ve ilk derece mahkemesinin bozma kararına uymasıyla, davanın yeniden tahkikat aşamasına gireceği belirtilmiştir⁴¹.

Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarının kahir ekseriyeti 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararı yönünde olup, ilk derece mahkemesi hükmünün temyizi üzerine verilen bozma kararından sonra ıslah yolundan faydalanılmayacağına ilişkindir⁴². Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir kararda da 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararına atıf yapılarak, bozma kararından sonra ıslaha başvurulamayacağını, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 45'inci maddesi gereğince, içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı olduğunu vurgulamıştır⁴³. Anılan Anayasa Mahkemesi kararı ile bozmadan sonra ıslah yapılamayacağına ilişkin içtihadı birleştirme kararı paraleldir. Öğretide anılan Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararı eleştirilmekte; bozmadan sonra ıslahın yasaklanmasından dolayı

41 Arslan & Yılmaz & Taşpınar Ayvaz, s. 523; Kuru (2015), s. 469; Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 624; Yılmaz (2013), s. 484-488; Alangoya & Yıldırım & Deren Yıldırım, s. 270; Akcan, s. 861-862.

42 "...İlk kararda el atılan yer bedeli olarak toplam 13.100,00.-TL belirlendiği ve hükmün davalı vekilince temyiz edilmemesi nedeniyle bu bedelin davalı idare lehine kazanılmış hak olduğu gözetilmeden, bozma sonrası verilen karar ile fazlaya hükmedilmesi, kabule göre de; 6100 sayılı HMK'nun 177. maddesi ve Yargıtay içtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 04.02.1948 gün ve 10/3 sayılı kararına göre, bozmadan sonra ıslah suretiyle talep sonucunun artırılması mümkün değildir. Fazlaya dair hakların ek dava açılmak suretiyle istenmesi gerekir. Bu itibarla dava dilekçesindeki miktar üzerinden hüküm kurulması gerekirken, ıslah dilekçesindeki talep nazara alınarak fazlaya hükmedilmesi, doğru görülmemiştir", Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E: 2012/27220, K: 2013/2322, T: 18.02.2013, <www.hukukturk.com> s.e.t. 07.04.2016.

43 Anayasa Mahkemesi Kararı, E: 1/K: 2, T: 21.01.2000, Resmi Gazete, T: 10.03.2000, S: 23989.

ıslah edilmek istenen taraf işleminin tekrar dava olarak mahkeme önüne gelmesinin usûl ekonomisi ilkesine (HMK m. 30/I) aykırı olduğu ve bu durumun hukuk devleti ilkesi ile iddia ve savunma hakkına (An. m. 36/I) uygun düşmediği belirtilmektedir⁴⁴.

Konuya ilişkin Yargıtay'ın bozmanın usûle veya esasa ilişkin olup olmasına göre farklı kararları olduğu gibi bozmadan sonra ıslah işlemini yeni bir dava veya ek dava olarak kabul eden kararları da bulunmaktadır. Şu hâlde bozmadan sonra ıslahın yapılıp yapılmayacağı konusunda Yargıtay'ın istikrarlı bir uygulaması bulunmamaktadır⁴⁵.

2. Esasa İlişkin Bozmadan Sonra İslahın Mümkün Olmadığına Dair Yargıtay Kararları

Yargıtay kararlarında bozmanın esastan olup olmamasına göre ayırım yapılarak, esasa ilişkin bozma kararına uyulmasıyla birlikte ilk derece mahkemesinde ıslah yoluna başvurulamayacağı belirtilmektedir. Bozma kararına ilk derece mahkemesinin uymasından sonra ıslah yoluna başvurulmasının kabul edilmemesinin temelinde, bozmaya ilişkin uyma kararı verilmesi üzerine oluşan usûlî müktesep hakkın olduğu ve ıslah yoluyla usûlî müktesep hakkın kaldırılamayacağı kabul edilmektedir⁴⁶.

44 Akcan, s. 863-864.

45 Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2014/7092, K: 2015/533, T: 03.02.2015; Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, E: 2014/11155, K: 2014/16548, T: 09.09.2014; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2014/5145, K: 2014/12966, T: 08.07.2014; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2009/15444, K: 2010/654, T: 25.01.2010; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2010/10265, K: 2010/61, T: 18.01.2010, <www.hukukturk.com> s.e.t. 08.04.2016; Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, E: 2013/12739, K: 2013/11474, T: 18.06.2013, <www.kazanci.com> s.e.t. 06.04.2016; Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E: 2010/7643, K: 2010/8292, T: 12.07.2010, İstanbul Barosu Dergisi, 2012, C: 86, S: 1, s. 439-440.

46 "...İçtihadı Birleştirme Kararında bozmadan sonra ıslahın mümkün olmadığı sonucuna varılırken, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 177. maddesindeki kural yanında, bozmaya uyulmakla oluşan usûlî kazanılmış hakların ihlâli endişesinin de etken olduğu görülmektedir. Bu endişenin nedeni şudur: Bir davada verilen hükme yönelik bozma ilâmı doğaldır ki, bozmanın kapsam ve gerekçelerine bağlı olarak değişebilmekle birlikte genellikle, tarafların hak ve borçlarının hukuksal dayanak, nitelik, miktar ve kapsamı gibi yönlerden, davanın ondan sonraki seyrini belirler; mahkemece bozmaya uyulması halinde, uyma sonrasında hangi işlemlerin ve araştırmaların yapılması gerektiğini ortaya koyar. Dolayısıyla, mahkemenin bozmaya uyması, davanın artık bozmada gösterilen yön, kapsam ve sınırlar çerçevesinde sonuçlandırılacağı anlamını taşır. O nedenle de, uyma kararı, bozma kendisinin yararına olan taraf bakımından usûlî kazanılmış hak oluşturur ve mahkeme uydugu bozma kararının gereklerini yerine getirmekle yükümlü hale gelir. Davanın, bu şekilde, uyulan bozmanın öngördüğü yön ve içeriğe bürünmesinden sonra, salt Kanunun tanıdığı yetkiye dayanılarak, taraflardan birinin ıslah yoluna gitmesi, her davanın kendi-

Toplu iş sözleşmesinden doğan alacakların ödenmesine ilişkin açılan bir davada verilen kararın temyizi üzerine Yargıtay'ca verilen karar şöyledir: “Somut olayda davacı, davalı Belediyede iş sözleşmesiyle sendikalı olarak çalıştığını belirterek, toplu iş sözleşmesinden doğan ve ödenmeyen fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti ve direksiyon primi alacaklarının ödetilmesini istemiştir. Mahkemece, genel tatil ücreti talebinin kabulüne, diğer taleplerin reddine karar verilmiştir. Dairemizce, sendika üyelik kayıtları getirilmeden davacının toplu iş sözleşmesinden yaralanamayacağını kabul edilmesi, davacının hafta tatili gününde yarım gün çalışmasına rağmen hafta tatili ücreti talebinin reddi ve tanık beyanlarına göre belirlenen genel tatil ücretinde takdiri indirim yapılmaması sebebiyle hüküm bozulmuştur. Mahkemece, bozmaya uyulup gerekli araştırmalar yapılarak, fazla çalışma ücreti talebinin reddine, diğer taleplerin kabulüne karar verilmiş; ancak bozmaya uyulmasına rağmen hafta tatili ücreti ve genel tatil ücretinde takdiri indirim yapılmamıştır. Mahkemece, bozmaya uyulmasına rağmen hükmedilen hafta tatili ücreti ve genel tatil ücreti alacaklarında hakkaniyete uygun bir indirim yapılmaması isabetsizdir... Somut olayda davacı, esasa yönelik bozmadan sonra ek rapor doğrultusunda talebini ıslah ile artırmış ve mahkemece, ıslah doğrultusunda karar verilmiştir. *Dairemizin yerleşik kararlarına göre, ıslah, tahkikat bitinceye kadar yapılabilir; esasa yönelik bozmadan sonra ıslah yapılamaz. Ayrıca dosyada, ıslah harcının yatırıldığına dair harç makbuzuna da rastlanmamıştır. Mahkemece, hukuken geçerli olmayan talep dikkate alınarak ıslah konusu miktarların hüküm altına alınması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir*”⁴⁷.

Haksız eylem sebebiyle izinsiz çıkarılan malzeme bedelinin tahsili talebiyle açılan davada verilen karara ilişkin Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonunda verdiği karar şöyledir: “Yerel mahkemece ispatlanamayan davanın reddine

ne özgü yapısı içerisinde, bozmayla diğer taraf yararına oluşan usüli kazanılmış hakkın ortadan kalkması ya da sınırlanması, zayıflaması sonucuna yol açabilir. Söz konusu sakıncaların doğabilmesi için, her şeyden önce, ortada, hakkında tahkikat yapılmış, hükme bağlanmış ve kurulan hüküm Yargıtay tarafından hukuka uygunluk yönünden denetlenerek bozulmuş istem/istemler bulunmalıdır...Eldeki davada, Dairemizin bozma kararı öncesinde tahkikatın sonuçlandığı gözetildiğinde, ıslah dilekçesi ile arttırılan talep miktarı nazara alınmaksızın karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması isabetsizdir.”; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2012/17940, K: 2012/15611, T: 20.09.2012; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 1998/K: 2499, T: 22.02.2007, Tutumlu, s. 181; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2004/6209, K: 2005/1448, T: 25.01.2005, İstanbul Barosu Dergisi, 2005, C: 79, S:4, s. 1298.

47 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2014/25790, K: 2014/25766, T: 09.09.2014, <www.hukuk-turk.com> s.e.t. 08.04.2016. Aynı yönde bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2014/10330, K: 2014/21473, T: 24.06.2014; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2014/4178, K: 2014/11148, 11.06.2014; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2014/871, K: 2014/949, T: 27.01.2014; Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, E: 2013/14490, K: 2013/10428, T: 04.06.2013, <www.hukukturk.com> s.e.t. 08.04.2016.

dair verilen karar dairemizin 2006/6961 esas ve 2007/6057 karar sayılı ilâmı ile ‘... 12.07.2004 tarihli bilirkişi raporu ile 209.203m³ malzeme çıkarılıp depolandığı sabittir. Çıkarılan malzemenin izinsiz olduğunun kabulüyle zarar kapsamı belirlenerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi...’ biçiminde bozulduğu, bozmaya uyulmakla verilen kararda bozma sonrası davacı tarafça verilen ıslah dilekçesinin esas alınarak karar verildiği anlaşılmaktadır. Dosya içeriğinden, davaya konu zarar tutarının bozma ilâmı öncesinde aldırılan 12.07.2004 tarihli bilirkişi raporuna göre belirlendiği, bu hususun bozma ilâmında da açıklandığı anlaşılmaktadır. Yerel mahkemece verilen ilk karar esas yönünden bozulduktan sonra bozma öncesinde aldırılan bilirkişi raporuna göre hesaplanan zarar tutarının bozma sonrasında verilen 27.06.2001 tarihli dilekçeyle ıslah edildiği ve buna göre karar verilmiş olduğu anlaşılmaktadır. *Bu durum, bozma sonrası ıslah yapılamayacağına dair yerleşmiş yargı uygulamalarına da ters düşmektedir. Şu durumda ıslah edilen bölüm yönünden kabul kararı verilmiş olması doğru değildir. Bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir*⁴⁸.

Bununla birlikte, temyiz incelemesinde esasa ilişkin bozma kararı verilmesi üzerine, ıslah yoluna başvurulamayacağına ilişkin Yargıtay kararlarının da istikrarlı olmadığı şu karardan anlaşılmaktadır: “Somut olayda, dairemizin 27.10.2009 gün ve 2008/11352 E, 2009/29488 K sayılı ilâmı ile ‘dosya içerisinde bulunan 17.05.2004 tarihli ... , 24.11.2003 tarihli belgeler altındaki imzalar üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmak sureti ile diğer deliller ile birlikte değerlendirilerek karar verilmesi...’ yönünden hükmün esasına ilişkin bozma yapılmıştır. Davacı 07.01.2011 tarihinde bozma ilâmı sonrasında ıslah harcını yatırmak sureti ile davasını ıslah etmiştir... O halde Hukuk Muhakemeleri Kanunu göre, ıslah tahkikatın sonuna kadar yapılabilecektir (HMK m. 177). 27.10.2009 gün ve 2008/11352 E, 2009/29488 K sayılı *dairemiz bozma ilâmı hükmün esasına ilişkin olması ve Yargıtay kararına uyularak yapılan yargılamada tahkikatın devam etmesi karşısında, 07.01.2011 tarihinde yapılan ıslah yasaya aykırı görülmemiştir. Kaldı ki tek bir dava ile halledilebilecek bir uyuşmazlığın bir başka dava konusu olması da usul ekonomisine uymamaktadır.* Bu düşünce Hukuk Muhakemeleri Kanunu usûl ekonomisi ilkesi başlıklı 30. maddesindeki ‘Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür’ düzenlemesi ile de örtüşmektedir. Sonucu itibari ile doğru olan kararın bu gerekçe ile ONANMASINA oyçokluğu ile karar verildi”.

48 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 2012/2755, K: 2012/6619, T: 17.04.2012, <www.kazanci.com> s.e.t. 08.04.2016.

Karşı oy yazısında ise, “Yargıtay İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 4.2.1948 tarih ve 1944/10 E, 1948/ 3 K. sayılı kararı uyarınca bozmadan sonra ıslah yapılması mümkün değildir. Dairemizin yerleşmiş görüşleri aynı yöndedir. Davacı taraf bozmadan sonra yapılan yargılama sırasında ıslah dilekçesi vererek taleplerini arttırmış ve mahkemece arttırılan miktarlar üzerinden hüküm tesis edilmiştir. Yargıtay İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun kararına aykırı şekilde ıslahın kabulünün hatalı olduğu” belirtilmiştir⁴⁹.

Keza 2005 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararında da talep edilen kalemlerden bir kısmı hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmediği gerekçesiyle verilen bozma kararından sonra alınan ek bilirkişi raporu üzerine davacı ıslah sureti ile talep sonucunu arttırmış, Hukuk Genel Kurulu ise “Somut olayda, yerel mahkeme, 17.05.2000 günlü birinci kararından önceki aşamada davacıların maddî tazminat istemleri hakkında, yukarıda açıklanan şekilde, Kanun’un öngördüğü nitelikte bir tahkikat yapmamış ve özellikle de bu konuda açıkça herhangi bir hüküm kurmamıştır. Dolayısıyla, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 84. maddesindeki, ıslahın tahkikata tabi davalarda tahkikat bitinceye kadar yapılabileceğine ilişkin kuralın bu aşamada uygulama yeri yoktur. Bu yöndeki tahkikat, anılan hükmün Özel Daire tarafından bu gerekçeyle bozulmasından ve bozma kararına uyulmasından sonra yapılmış, bu tahkikatın sonucunda da 02.04.2003 günlü hüküm kurulmuştur. Başka bir ifadeyle, davacıların maddî tazminat istemlerine ilişkin tahkikat evresi, 17.05.2000 günlü birinci karara yönelik bozmaya uyulmasından sonra başlamıştır. Dolayısıyla, davacıların bu tahkikatın bitiminden önce, ıslah yoluyla davadaki talep miktarını arttırmaları hukuken olanaklıdır. Varılan bu sonuç, 04.02.1959 gün ve 13/5 sayılı İctihadı Birleştirme Kararında yer alan ‘*Bir mahkeme kararının her ne sebeple olursa olsun temyizce bozulması sonunda mahkemenin bozma kararına uyması ile dava yeniden duruşma (muhakeme) safhasına girmiş olacağı cihetle duruşma henüz bitmemiştir*’ şeklindeki değerlendirmeye de paralel niteliktedir.” gerekçesiyle ıslahın geçerli olduğunu belirtmiştir⁵⁰.

3. Usûle İlişkin Bozmadan veya Tahkikatın Eksik Yapıldığı Gerekçesiyle Verilen Bozma Kararından Sonra Islahın Mümkün Olduğuna Dair Yargıtay Kararları

Bozma kararının esasa ilişkin değil de usûle ilişkin olması durumunda, usûlî müktesep hak söz konusu olmayacağı ve bu tür kararların tahkikatın

49 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2011/33835, K: 2011/42324, T: 01.11.2011, Legal MİHDER, 2013/2, s. 302-304.

50 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2005/13-97, K:2005/150, T: 16.03.2005, “<https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>” s.e.t. 20.05.2016.

devam ettirilmesi zorunluluğunu doğurduğu, tahkikat devam ettiği sürece de ıslahın mümkün olduğu gerekçesiyle bozmadan sonra ıslaha başvurulabileceğine ilişkin Yargıtay'ın bazı Hukuk Daireleri'nin kararları bulunmaktadır.

Örneğin; “..Bozulan ilk karar göreve ilişkin olduğundan tahkikatın bittiği söylenemez. Bu durumda somut olayda 04.02.1948 tarih ve 10/3 sayılı içtihadı birleştirme kararının uygulanma olanağı yoktur. Hal böyle olunca mahkemece davacının ıslah dilekçesi de dikkate alınmak suretiyle belirlenen toplam 5.392,74 TL üzerinden maddi tazminat talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde ıslah ile artırılan miktar hakkında hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmesi usûl ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir”⁵¹.

Ancak mahkemece tüm deliller toplanıp, bilirkişi incelemesi yaptırılıp ve dosya esas yönünden de karar vermeye hazır hâle getirildikten sonra ilk derece mahkemesi hükmü, Yargıtay'ca bozulmuş ve bozmadan sonra da herhangi bir tahkikat yapılmamış ise ıslahın mümkün olmadığına karar verilmektedir⁵².

Rücuen tazminat davasında, bozmadan sonra ıslahın yapılamayacağı gerekçesiyle verilen kısmen kabul kararının temyizi üzerine Yargıtay, “taraf-lardan birine davanın herhangi bir aşamasında ıslah olanağı tanınması, da-vaların sonu alınamayacak şekilde uzamasına neden olmak gibi bir sakıncayı da içermektedir. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 177. maddesinde ıslahın yalnızca tahkikat bitinceye kadar yapılabileceği öngörüldüğüne ve temyiz fas-lında da, bozmadan sonra dahi ıslahın olanaklı bulunduğu dair açık veya örtülü bir hüküm yer almadığına göre, Kanunun bu olanağı bir devre ve zaman*

51 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E: 2010/4062, K: 2010/12408, T: 30.09.2010, Tutumlu, s. 199-200.

52 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2006/9-21, K: 2006/72, T: 15.03.2006, Terazi Hukuk Der-gisi, 2006/Aralık, S: 4, s. 173-174. Aynı yönde bkz. “...İster usûle ilişkin ve isterse esasa yönelik bozma kararı verilsin bozmadan sonra araştırma yapılarak tahkikat devam ediyor ise, bozmadan sonra ıslah mümkün kabul edilmelidir. Ancak esasa ilişkin bozma kesin ve araştırma yapılmasını gerektirmeyen, kısaca tahkikat yapılmasını gerektirmiyor ise boz-madan sonra ıslah kabul edilmemelidir. Dosya içeriğine göre mahkemece verilen ilk karar Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından tazminat ve alacaklara esas ücretin belirlenmesi yönünden davacı lehinde bozulmuş ve uyulan bozma kararı sonrası ücret araştırması ya-pılarak davacı tarafın tazminat ve alacakları bilirkişi raporu ile hesaplanmıştır. Bu hesap raporun üzerine de davacı vekili belirlenen tazminat ve alacaklarını ıslah sureti ile arttı-rarak talepte bulunmuştur. Bozma içeriğine göre bozmadan sonra araştırma yapılmış ve tahkikat devam etmiştir. Tahkikat devam ettiğine göre davacı tarafın ıslah işleminin kabu-lü gerekirdi. Mahkemece ‘bozmadan sonra ıslah mümkün değildir’ gerekçesi ile davacının ıslah talebinin reddi hatalıdır”, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2014/580, K: 2014/653, T: 20.01.2014; Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E: 2012/23519, K: 2013/365, T: 16.01.2013, <www.hukukturk.com> s.e.t. 08.04.2016.

ile sınırlandırdığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla, 177. maddenin soyut iznine bakılarak, bu istisnai yolun bozmadan sonraki aşamalara da yaygınlaştırılması, bozmaya uyulmasıyla kazanılan hakları ihlâl edebileceği gibi, davanın tamamen ıslah edildiği hallerde, işin sonuçlandırılmasını da güçleştirir. O halde, ıslahla ilgili kuralların, yargılamanın sadeliği, basitliği ve çabukluğunu amaçlayan diğer usul hukuku ilkeleriyle bağdaşacak şekilde yorumlanması; bozmadan sonra ıslahın mümkün olmadığı sonucuna varılması zorunludur... Açık ki, söz konusu sakıncaların doğabilmesi için, her şeyden önce, ortada, hakkında tahkikat yapılmış, hükme bağlanmış ve kurulan hüküm Yargıtay tarafından hukuka uygunluk yönünden denetlenerek bozulmuş istem/istemler bulunmalıdır. Önemle belirtilmelidir ki; İçtihadı Birleştirme Kararları konularıyla sınırlı, gerekçeleriyle açıklayıcı ve sonuçlarıyla bağlayıcı nitelik taşırlar. Yukarıdaki açıklamaların somut olay bakımından ortaya koyduğu sonuç şudur: İçtihadı Birleştirme Kararıyla kabul edilen, bozmadan sonra ıslahın mümkün olmadığı yönündeki kural, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 177. maddesi hükmüyle birlikte değerlendirildiğinde, bir davadaki istem/istemler hakkında mahkemece tahkikat (tarafların duruşmaya çağrılmaları, çekişmeli yönlerle ilişkin delillerin toplanması, toplanan delillerin değerlendirilmesi) yapılarak, bunların ortaya koyduğu sonuç çerçevesinde bir hüküm kurulduğu ve Yargıtay'ın ilgili Dairesinin de, kurulan bu hükmü, herhangi bir nedenle usul ve yasaya aykırı görerek bozduğu hallerle sınırlı bir içeriktedir. Dairemizin bozma kararına uyulduktan sonra yapılan yargılamada, tahkikat evresinin bitmemiş olması nedeniyle davacının davasını ıslah etmesinin mümkün olduğu gözetilmeksizin, yanılığlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup bozma sebebidir” gerekçesiyle ıslah yapılmasına müsaade edilmesini belirterek hükmün bozulmasına karar vermiştir⁵³.

Konuya ilişkin bir başka Yargıtay kararına konu olan olayda, geçersiz olan sözleşme uyarınca yapılan imalâtın bedelinin tahsili istemine ilişkin açılan davada, ilk derece mahkemesinin davanın kabulüne ilişkin kararı temyiz edilmiştir. Yargıtay Hukuk Dairesi, hükme dayanak olan bilirkişi raporunda benimsenen yöntemin uygun olmadığı gerekçesiyle, bozma kararı vermiş ve ilk derece mahkemesi bozma kararına uyararak ek bilirkişi raporları uyarınca davanın kabulüne ve bozmadan sonra yapıldığı gerekçesiyle davacının ıslah talebinin ayrı dava açmak üzere usûlden reddine karar vermiştir. Anılan kararın temyizi üzerine Yargıtay Hukuk Dairesi, “İslah, tahkikatın bittiği bildi-

53 Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2015/2911, K: 2015/4657, T: 12.03.2015, <www.kazanci.com> s.e.t. 08.04.2016.

rilmeden ve sözlü yargılama safhasına geçilmeden önce yapılması gereken bir usûl işlemidir. *Mahkeme kararı Yargıtay'ca tahkikatın eksik yapılmış olması nedeniyle bozulmuş ve bozmaya uyularak yeniden tahkikat safhasına veya önceki bir safhaya dönülmüşse bozma sonrasında da tahkikat bitinceye kadar ıslah yapılabilir. Zira HMK'da bozma sonrası ıslah yapılamayacağına dair yasaklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır.* Bozma sonrasında ıslah yapılıp yapılamayacağı bozmanın niteliğine göre belirlenmelidir. Somut olayda; mahkeme kararı, tahkikatın eksik yapılmış olması nedeniyle bozulmuştur. Mahkemece bozmaya uyulmuş, yeniden başlayan tahkikat safhasında taraf delilleri toplanarak birlikteli kurulundan rapor ve ek rapor alınmıştır. Davacı yanca ıslah dilekçesi tahkikat safhası sona ermeden önce süresinde verilmiştir. Islah tarihi itibarıyla tahkikat safhası sona ermediğinden ıslahın dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekirken, bozma sonrası ıslah yapılamayacağından bahisle ıslah talebinin reddi doğru olmamıştır” gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin ıslah talebinin reddine ilişkin kararına dair bozma kararı vermiştir⁵⁴.

İşçilik alacaklarına dair açılan davada verilen hükmün temyizi üzerine Yargıtay'ın kararı şöyledir: “Mahkemece taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesine değil, danışmanlık sözleşmesine dayanması sebebiyle görevsizlik kararı verilmiş, davacı vekilinin temyizi üzerine Dairemizin 15.4.2013 tarihli ilâmıyla özetle, ‘Somut olayda, davacıyla davalı şirketler arasında danışmanlık sözleşmesi imzalanmıştır. Her ne kadar sözleşmeye göre buradaki iş ilişkisinin danışmanlık olduğu davalılar tarafından iddia edilmekte ise de, sözleşmede davacının elektrik kontrolörü olarak çalışacağına kararlaştırıldığı, bu şekilde bağımlı ve sürekli olarak günde 10 saat çalışmasına dair mesai çizelgeleri bulunduğu, sözleşmeye göre aylık 3000 usd ücret ödeneceğinin kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Bu durum taraflar arasındaki ilişkinin ağırlıklı olarak iş akdine dayandığını göstermektedir... Açıklanan durum karşısında mahkemece işin esasının incelenmesi gerekirken *görevsizlik kararı verilmesi* de isabetsiz olup bozma nedenidir’ gerekçesiyle bozulmuştur. Mahkeme bozma kararına uymuş, hesap raporu aldıktan sonra davanın kısmen kabulüne karar vermiştir. Davacı vekili davaya konu ettiği hafta tatili, milli bayram-genel tatil ve fazla mesai ücretlerinin miktarını bozma kararından (15.4.2013) sonra verdiği 9.12.2013 harç tarihli ıslah dilekçesiyle artırmıştır. Mahkemece ıslaha itibar edilmiştir. *Mülga 1086 Sayılı HUMK'nun 84. maddesindeki hüküm 6100 Sa-*

54 Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E: 2014/1315, K: 2014/3355, T: 15.05.2014, <www.hukukturk.com> s.e.t. 08.04.2016. Benzer yönde bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E: 2014/5539, K: 2014/12983, T: 13.10.2014, <www.hukukturk.com> s.e.t. 08.04.2016.

yılı HMK'nun 177. maddesinde aynen korunmuş ve ıslahın ancak tahkikat tamamlanıncaya kadar yapılabileceği hükme bağlanmıştır. YİBGK'nun 4.2.1948 tarih ve 1944/10 Esas ve 1948/3 Karar sayılı kararında da bozma sonrası ıslahın mümkün olmadığı kesin bir şekilde belirtilmiştir. Bu itibarla bozmadan sonra yapılan ıslaha itibarla arttırılan bu miktarlar üzerinden fazla mesai, hafta tatili ve milli bayram-genel tatil çalışma ücretlerinin hüküm altına alınması hatalıdır. O halde davalılar vekillerinin bu yöne ilişkin temyiz itirazları yerinde olduğundan karar bozulmalıdır⁵⁵. Görevsizlik kararı, bir diğer ifadeyle usûle ilişkin bir sebepten dolayı bozma kararı verildiğine göre yukarıda zikredilen diğer Yargıtay kararlarından farklı olarak usûle ilişkin bozmadan sonra ıslaha izin verilmediği vurgulanmalıdır.

4. Bozmadan Sonraki Islah Talebini Ek Dava veya Yeni Dava Olarak Kabul Eden Yargıtay Kararları

Yargıtay Hukuk Dairelerinin bazı kararları, bozma kararından sonra ilk derece mahkemesinde ıslah ile talep sonucunun artırılmasına ilişkin talebi, ıslaha dair harçların da yatırılması durumunda ek dava kabul ederek, bozmadan sonra ıslah yapılmasına olanak tanımaktadır. Yargıtay'ın ek talep bakımından harç yatırılması durumunda ıslahı geçerli saydığına ilişkin kararları doktrinde eleştirilmektedir. Bir görüşe göre, 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararı karşısında, bozmadan sonra ek talep yönünden harç yatırılmış olması durumunda farklı bir çözümün benimsenmesinin haklı bir sebebi bulunmamaktadır⁵⁶.

55 Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, E: 2014/13791, K: 2014/17867, T: 23.09.2014, <www.hukuk-turk.com> s.e.t. 08.04.2016. "Mahkemece davanın reddine ilişkin olarak verilen kararın davacı tarafca temyizi üzerine 9. Hukuk Dairesi'nin 15/02/2012 tarihli kararı ile davacının çalışma süresinin belirlenmesi yönünden 'eksik inceleme' yapıldığı gerekçesiyle bozulmuştur. Mahkemece bozma kararına uyulmuş ve bozma öncesi delillere göre davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Mahkemece bozma sonrası yapılan ıslaha itibarla alacaklar hükmü altına alınmıştır. Mülga 1086 sayılı HUMK'nun 84.maddesindeki hüküm 6100 sayılı HMK'nun 177. maddesinde aynen korunmuş ve ıslahın ancak tahkikat tamamlanıncaya kadar yapılabileceği hükme bağlanmıştır. YİBBGK'nun 04/02/1948 tarih ve 1944/10 Esas ve 1948/3 Karar sayılı kararında da bozma sonrası ıslahın mümkün olmadığı kesin bir şekilde belirtilmiştir. Bu itibarla bozmadan sonra yapılan ıslaha itibarla arttırılan miktarlar üzerinden alacakların hüküm altına alınması hatalıdır. O halde davalı vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır", Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, E: 2013/12739, K: 2013/11474, T: 18.06.2013, <www.kazanci.com> s.e.t. 06.04.2016.

56 Bozmadan sonra ek talep bakımından harç ödenmişse, ıslahın geçerli olduğunu savunabilmek için bozma sonrasında ıslahın yapılması mümkün olmalı ve ek talebin ileri sürülmesi ve harcın yatırılması durumunda ıslahı geçerli saymanın da bir gerekçesi olmalı idi. Hâlbuki bozmadan sonra ıslah yapılabilmesi, 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararından sonra mümkün değildir. Bkz. Umar, s. 525-526.

Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı şöyledir: “Dava, iş kazası sonucu hayatını kaybeden sigortalının eş ve çocukları olan davacıların uğradığı maddî ve manevî zararların giderilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece istemin reddine ilişkin verilen karar davalılar hakkında verilmiş feragatname söz konusu olmadığından işin esasına girip karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuş, bozma ilâmına uyulmakla davacı bozma sonrası ıslah ile maddî tazminat miktarını artırmış ve ayrıca dava dilekçesinde yer almayan manevî tazminat isteminde bulunmuştur. Mahkemece, manevî tazminata ilişkin ıslah istemini başvuru harcı yatırılmış olması nedeni ile ek dava kabul edilerek manevî tazminat isteminin kısmen kabulüne karar verilmiş, maddî tazminat isteminin ise bozmadan sonra ıslah olmayacağı gerekçesi ile ıslah ile artırılan miktar için istemin reddine karar verilmiştir. Mahkemenin manevî tazminata ilişkin değerlendirmesinde isabetsizlik yoktur ancak maddî tazminat isteminin artırılması ile ilgili dilekçesinin hukukî değerlendirmesinde yanılıya düşüldüğü görülmektedir. Gerçekten 4.2.1948 günlü 10/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da açıkça vurgulandığı üzere bozmadan sonra ıslah yapılması mümkün değildir...Gerekli harçlar alındıktan sonra dava dilekçesi esas defterine kaydedilir ve dava, dava dilekçesinin esas defterine kayıt edildiği tarihte açılmış sayılır. İnceleme konusu olan bu olayda maddî tazminat isteminin artırılması ve manevî tazminat istemine ilişkin dilekçenin *başvurma ve nispi harç yatırılmak suretiyle mahkemeye verildiği anlaşılmaktadır. Bu duruma göre de davacının ıslah dilekçesinde ileri sürdüğü, istemin yeni bir dava niteliğinde olduğunun giderek dilekçenin bu haliyle birleştirme istemli bir ek dava dilekçesi olarak kabulünün gerektiği ortadadır. Mahkemece ıslah dilekçesini her iki talep yönünden ek dava kabul edilerek manevî tazminat isteminde olduğu gibi maddî tazminat istemi ile ilgili artırılan miktar yönünden de ek dava kabul edilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir*”⁵⁷.

57 Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E: 2010/7643, K: 2010/8292, T: 12.07.2010, İstanbul Barosu Dergisi, 2012, C: 86, S: 1, s. 439-440. Benzer yönde bkz. “Davacının düzenlediği konser nedeniyle sanatçıların kısmen ödeme aldıkları dosyadaki kanıtlarla sabittir. Konser alanında konser verilmiş, ancak engellemeler yüzünden yeterli ilgiyi göremediği için sanatçılara tam ödeme yapılmamıştır. Davacının sanatçılara yaptığı ödeme ile ilgili faturanın sahteliği nedeniyle davacı ceza mahkemesince mahkûm olmuşsa da, bu husus davacının sanatçılara hiç para ödemediği anlamına gelmez. Bu durum paranın miktarı ile ilgilidir. Mahkemece, kısmen yapılan konser nedeniyle sanatçıların ne kadar ücret alabileceği bu konuda uzman yerlerden sorulup belirlenmesi, belirlenemiyorsa BK.nun 42. maddesi gözetilerek zarar kapsamının tayini gerekirken, bu konudaki istemin tümünden reddedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir. Davacı, dava dilekçesinde faiz istenmediğini belirterek 28.1.2002 tarihli

Fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak eksik ve ayıplı imalâtların bedeli ile cezaî şartın tahsili talep edildiği davada, bozmadan sonra ıslah talebinde bulunulması bakımından verilen Yargıtay kararı şöyledir: “Davacı iş sahipleri S. ve S. tarafından açılan ilk davada fazla haklar saklı tutularak eksik ve ayıplı imalâtların bedeli ile cezaî şartın tahsili talep edilmiş, mahkemece verilen kararın Dairemizce bozulmasından sonra aynı davacılar 23.07.2004 tarihli ek dava dilekçeleri ile toplam 8.724.000.000 TL'nin tahsilini istemişlerdir. Mahkemece bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı görüşüyle ek davanın reddine karar verilmiş ise de HUMK'nun 87. maddesindeki (müddei ıslah suretiyle müddeabihi tezyit edemez) şeklindeki hüküm Anayasa Mahkemesi'nin 20.07.1999 gün ve 1999/1 Esas 1999/33 Karar sayılı kararı ile iptal edilmiş olduğundan ve *ek davanın harcı da yatırılmış bulunduğundan dava ekonomisi de göz önünde tutularak ek dava hakkında inceleme yapıp sonuçlandırılmalıdır*”⁵⁸.

Temyiz incelemesi sonunda bozma kararı verilmesinden sonraki aşamada, ıslah talebinde bulunulması durumunda, harç yatırılmış olması şartıyla bu talebi yeni bir dava olarak değerlendiren bir Yargıtay kararı ise şöyledir: “Dava, haksız eylem nedeniyle maddî ve manevî tazminat istemine ilişkindir. Yerel mahkemece davalı E. hakkındaki önceki karar kesinleştiğinden onun hakkında karar verilmesine yer olmadığına, davalı Milli Savunma Bakanlığı hakkındaki davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm davacılar ve davalı bakanlık tarafından temyiz edilmiştir. Dairemiz bozma kararından sonra davacılar vekili tarafından mahkemeye ıslah adı altında verilen 24.2.2003 havale tarihli dilekçe ile bilirkişi raporunda belirlenen ve dava dilekçesinde istenen maddî tazminattan fazla olan zararın kalan kısmı istenmiştir. Yerel mahkemece bozma sonrasında ıslah yapılmasının usulen mümkün olmadığından davacıların ıslahının dikkate alınmadığı gerekçede belirtilmiştir. *Islah adı verilen dilekçenin kapsamı itibariyle geri kalan zararın ödetilmesi istemini içermesi ve istek miktarı üzerinden harç yatırılmış olması nedeniyle bu talep yeni bir dava niteliğindedir*. Davacılar böyle bir dilekçe vermek yerine ayrı bir dava açmak suretiyle eldeki dava ile birleştirme yoluna gidebilirlerdi. Bu nedenle, somut olaydaki işlemi, HUMK'nun ıslahla ilgili hükümlerinde düzenleme altına alınmış olan işlemlerle bir benzerliği bulunmamaktadır. Örneğin, iddia ve

harçlı ıslah dilekçesi ile talep edilen tazminata dava tarihinden itibaren faiz işletilmesini istemiştir. Mahkemece, ıslah istemi reddedilmiştir. Oysa yapılması gereken, istenen faiz miktarının müddeabih haline getirilerek harçlandırılması, eksiği varsa tamamlanması ve sonucuna göre karar verilmesinden ibarettir. Bozmadan sonra ıslah yapılamaz gerekçesi ile ıslah talebinin reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir”. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 2005/14798, K: 2005/13827, T: 20.12.2005, Legal Hukuk Dergisi, 2006/Eylül, s. 2797-2799.

58 Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E: 2005/4503, K: 2006/308, T: 26.01.2006, Yargıtay Kararları Dergisi, 2006, C: 32, S: 4, s. 615-616.

savunmanın genişletilmesi, başkaca bir usul işleminin değiştirilmesi niteliğini taşımamaktadır. *Davacılar tarafından, bu dilekçenin 'islah' olarak isimlendirilmesi, yasanın öngördüğü anlam ve kapsamda dilekçeyi islah olarak kabul etmek sonucunu doğurmaz.* Bu bakımdan mahkemece bu dilekçede belirtilen istem kaleminin de incelenmesi ve bu hususta bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile bu konuda hüküm kurulmamış olması bozmayı gerektirmiştir⁵⁹.

C. ÖĞRETİDE KONUYA İLİŞKİN İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Temyiz kanun yoluna başvurulması üzerine, bozma kararının verilmesi ve bu karara ilk derece mahkemesinin uymasının ardından islahın yapılıp yapılmayacağı hususunda öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bozmadan sonra islahın mutlak olarak mümkün olduğunu veya olmadığını savunan görüşlerin yanında, bozmanın niteliğine göre ayırım yaparak değerlendiren görüşler de bulunmaktadır.

Bir görüşe göre⁶⁰, Yargıtay'ın bozma kararı vermesinden sonra dava bitmemiş olmakla birlikte, yargılama bitmiş olduğundan o aşamada islah yoluna başvurulması mümkün değildir; zira islah yargılama boyunca yapılabilir; ancak temyiz veya temyizden sonraki aşamada islah yapılamaz. 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararında da belirtildiği üzere, aksi durum usûlî kazanılmış hakların ortadan kaldırılması anlamına gelir. Nitekim islah, tek taraflı irade beyanıyla yapılabileceğinden, taraflardan birinin tek taraflı irade beyanıyla usûlî kazanılmış hakkı bertaraf edilmesi kabul edilmemiştir⁶¹.

Diğer görüşe göre⁶², Yargıtay'ca hükmün bozulmasından sonra ilk derece yargılamasında bir tahkikat söz konusu olduğu için islah kurumuna başvurulmasında sakınca yoktur; zira 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararı, Kanun'un

59 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 2003/10507, K: 2003/12396, T: 28.10.2003, Yargıtay Kararları Dergisi, 2004, C:30, S: 9, s. 1358-1359.

60 Erdemir, İlter (1998), Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İkinci Baskı, Ankara, Sim Matbaası, s. 695-696; Karafakih (1952), s. 235-236; Ersoy, Rifat (1976) İzahlı-Notlu-İçtihatlı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, Ankara, Ayyıldız Matbaası, s. 283; Berki, Şakir (1959), Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Ankara, Ege Matbaası, s. 6.

61 Görgün & Kodakolu, s. 198; Muşul, s. 547.

62 Kuru (2015), s. 464; Kuru (2001), C: IV, s. 3979-3980; Kuru (1995), s. 648-649; Önen, s. 178; Erdoğan, Celâl (1973) Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, Ankara, Balkanoğlu Matbaası, s. 124; Ansay (1960), s. 189-190; Ansay (1950), s. 127-128. Nitekim Alman Hukukunda da bozmadan sonra yargılamanın yeniden açıldığı, önceki yargılamayla bütünlük oluşturduğu, bu yargılamada yeni iddia ve savunma nedenlerinin ileri sürülebileceği belirtilmektedir. Bkz. Zöllner, Richard (1979) Zivilprozessordnung, Köln, s. 1103; Sommerlad, Klaus (1974) Die Innerprozessuale Bindung an Vorangegangene Urteile der Rechtsmittelgerichte, Karlsruhe, s. 110.

amacı ve ruhuyla bağdaşmamaktadır. 1959 tarihli içtihadı birleştirme kararında da belirtildiği üzere, mahkemenin bozma kararına uymasıyla yargılama devam etmekte olup, Kanun gereğince ıslah tahkikat bitinceye kadar devam etmektedir. Islaha başvurulabilecek durumlar, hükmün bozulmasından sonra devam eden tahkikat aşamasında da ortaya çıkabilir. Islahı bu aşamada kabul etmemek, Kanuna aykırı olduğu gibi davaların uzamasına da sebep olur. Nitekim bozmadan sonra iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı karşı tarafın rızası veya ıslah ile aşılabılır. Karşı tarafın rıza göstermemesi durumunda, bozmadan sonra da olsa ıslaha başvurulabilmelidir.

Bir başka görüşe göre⁶³ 1948 tarihli ve 1959 tarihli içtihadı birleştirme kararlarının birlikte değerlendirilmesi ile bozmadan sonra ıslaha başvurulup başvurulmayacağı tespit edilmelidir. Yargıtay'ın bozma kararının esasa ilişkin olması hâlinde, bozmadan sonra ıslaha başvurulamaz. Ancak, bozma kararı esasa ilişkin olmayıp, usûle ilişkin ise, ilk derece mahkemesi bozmadan sonra tahkikat yapacağından ıslah yapılmasına imkân tanınmalıdır; zira bu aşamada tahkikat başlamış olacaktır. 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararının esas hakkında verilen bozmadan sonra ıslah yapılamayacağına ilişkin kısmı isabetlidir. Bozmadan sonra ıslahın yapılmamasının temelinde, bozma lehine olan taraf için doğan usûlî müktesep hak olduğundan, bozma kararına uyulmasından sonra ıslaha izin verilmemelidir. Ancak bozma kararının usûle ilişkin olması durumunda, usûlî müktesep hak oluşmayacağından ve ıslah ile bu hakkın ortadan kaldırılması tehlikesi doğmayacağından bu durumda ıslahın yapılmasına izin verilmelidir. Zikredilen içtihadı birleştirme kararı geniş yorumlanarak, bazı durumlarda bozmadan sonra ıslaha başvurulabilmelidir. Nitekim davanın esası hakkında tahkikat yapılmadığı durumlarda, bozmadan sonra ıslaha başvurulması hem ıslahın amacına hem de içtihadı birleştirme kararına uygun olacaktır⁶⁴.

Diğer bir görüşe göre⁶⁵, 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararında bozmadan sonra ıslah yapılamayacağının gerekçelerinden olan usûlî müktesep hakkın istisnaları da bulunmaktadır. Karşı tarafın rızası ile iddia ve savunma-

63 Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 624; Tutumlu, s. 170.

64 Arslan & Yılmaz & Taşpınar Ayvaz, s. 523; Postacıoğlu & Altay, s. 547-548; Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 624; Tutumlu, s. 170; Pakel, s. 3117-3118; Üstündağ (1997), s. 551; Bilge & Önen, s. 360-361; Postacıoğlu, s. 454-455; Üstündağ (1967), s. 127, 203-204; Bilge, s. 318; Tuna Yalçın (1955) 'İslah', Ankara Barosu Dergisi, S: 1, s. 595-597; Belgesay, Mustafa Reşit (1940) Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul, Güven Yayınevi, s. 243-244.

65 Akcan, s. 882.

nın genişletilmesi veya değiştirilmesi usûlî müktesep hakkın istisnalarından olduğu gibi bozmadan sonra ıslah yapılabilmesi de bu hakkın istisnası olarak kabul edilebilir. Zira ıslah her iki tarafa tanınan ve kanunî bir dayanağı olan haktır. Bu kanunî hakkın, hükmün bozulmasından sonra kısıtlanmaması gerekir. İddia ve savunma hakkı, hak arama özgürlüğü ile ilgili olup, bu hakkın tanınmasının yanında kullanımının da sağlanması gerekir. Dolayısıyla ıslah çok dar bir anlayışla ele alınmamalıdır⁶⁶.

Konuya dair ileri sürülen son görüşe göre ise, Yargıtay'ın bozma kararı üzerine ilk derece mahkemesinin yapacağı yargılamada incelemeyeceği hususlar belli olup, ancak bozma kararında belirtilen konular bakımından ıslah yoluna başvurulabilir. Buna karşılık, Yargıtay'ın bozma kararının dışında kalan hususlar, diğer taraf bakımından usûlî müktesep hak teşkil ettiğinden ıslah mümkün olmaz. Aksi takdirde, o zamana kadar yapılan işlemlerin bir anlam ifade etmez ve davaların uzamasına yol açabilir⁶⁷.

Ç. DEĞERLENDİRME VE GÖRÜŞÜMÜZ

ıslah hakkının kullanılmasının zaman bakımından sınırı değerlendirilirken, kurumun hukukî dinlenilme hakkının tesisine hizmet ettiği göz önüne alınarak özgürlükleri ve hakları genişletici şekilde yorum yapılması gerekir⁶⁸. Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı tek başına hak arama özgürlüğüne ve adil yargılama hakkının bir unsuru olan hukukî dinlenilme hakkına aykırı olmamakla birlikte, katı bir biçimde uygulandığı takdirde hukukî dinlenilme hakkının orantısız sınırlandırılması sebebiyle bir temel hak ihlâli sonucunu doğurur. Hak arama özgürlüğü veya hukukî dinlenilme hakkının sınırsız olduğu söylene-

66 Yavaş, s. 157; Akcan, s. 887.

67 Yılmaz (2013), s. 517-518; Karlı, s. 682.

68 Medenî usûl hukuku, şekli bir hukuk dalıdır. Hukuk yargılaması, belli bir biçime bağlı olarak gerçekleştirilir. Buna göre, taraflar belli işlemleri, belli şekilde ve belirli süreler içinde yerine getirmek durumundadır. Jhering'in belirttiği üzere, "şekil, özgürlüğün ikiz kardeşi, keyfiliğin ise düşmanıdır". Buna karşın, şekil kurallarının katı biçimde uygulanması, yargılama hukukunun maddî gerçeğe ulaşma amacını bertaraf etmekte, adil doğru karar verilmesini engellemektedir. Dolayısıyla şekli kuralların gereği hâlinde yorumlanması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bkz. Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 62; Yılmaz (2013), s. 83-84. Dolayısıyla yorum yapılırken mahkemeye erişim hakkı engellenecek şekilde katı _ekilcilikten ve usûlî şartları ortadan kaldıracak şekilde aşırı gevşeklikten kaçınılmalıdır. Bkz. Aktepe Artık, Sezin (2014) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medenî Usûl Hukukunda Adil Yargılama Hakkı, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 152.

mez. Yukarıda değinilen AİHM içtihatları gereğince, hukukî dinlenilme hakkının da sınırlanması mümkündür; ancak bu sınırlamanın orantılı olması gerekir.

Aynı zamanda yasağın, yargılama hukukunun amacı olan maddî gerçeğe ulaşmanın önünde de bir engel olduğu unutulmamalıdır. Zira yasak başlayınca kadar getirilmemiş bir vakia sebebiyle, mahkeme mevcut vakialara göre hüküm verir ve verilen hüküm (adli gerçek) maddî gerçekle örtüşmeyebilir. Şu halde ıslahın yapılıp yapılamayacağı konusunda tereddüt edilen yerlerde, yapılabileceğinin kabul edilmesi daha isabetli olur kanaatindeyiz⁶⁹.

İstinaf kanun yolunun işlemeye başlaması durumunda, kural olarak Yargıtay'ın vereceği bozma kararı üzerine dosyanın geldiği bölge adliye mahkemelerinde ıslahın yapılamayacağı açıkça düzenlenmiştir (HMK m. 357/I). Buna rağmen, bölge adliye mahkemeleri göreve başladıktan sonra dahi ıslah hakkının kullanılmasının zaman itibarıyla sınırı meselesi, başka bir anlatımla ne zamana kadar ıslah yapılabileceği tartışılmaya devam edecektir. Zira istinafta ıslaha izin verilmemesine rağmen, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen durumlarda, bölge adliye mahkemesince dosya ilk derece mahkemesine gönderilecek ve ilk derece mahkemesi önünde ıslah yoluna başvurulup başvurulmayacağı sorusu gündeme gelecektir. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 373'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre, Yargıtay'ın bozma kararı başvurunun esastan reddi kararına ilişkinse, bölge adliye mahkemesi kararı kaldırılarak, dosya kararı veren ilk derece mahkemesine veya uygun görülecek başka bir ilk derece mahkemesine gönderilecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 373'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında ise, bozmaya uygun olarak karar verildiğinde, bu karara karşı da temyiz yoluna başvurulabileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla, anılan düzenlemeler çerçevesinde, Yargıtay'ın bozma kararından sonra dosyanın ilk derece mahkemesinin önüne gelme ihtimali devam etmektedir. Şu halde bölge adliye mahkemeleri göreve başladıktan sonra dahi bozmadan sonra ıslahın caiz olup olmadığı, hem Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi hem de 373'üncü maddesinin birinci ve dördüncü fıkraları gereğince önem arz etmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 177'nci maddesinde ıslahın tahkikat sonra erinceye kadar yapılabileceği öngörülmüştür. Islah ile yeni vakia getirilebileceği veya talep sonucunun değiştirilebileceği dikkate alındığında söz

69 Bkz. yuk. dn. 68.

konusu sınır anlamlıdır. Zira tahkikatın bitmesinden sonra artık mahkemece vakıalar incelenmeyecek, yalnızca tahkikatta incelenen vakıalar hakkındaki kanaate göre ilgili hukuk kuralı uygulanarak hüküm verilecektir. İlk derece mahkemesince verilen hükmün Yargıtay tarafından bozulması ve ilk derece mahkemesinin bozma kararına uymasından sonra ise farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. Bozmadan sonra ıslahın mutlak olarak yapılamayacağını kabul edilmesi, kanaatimizce hukukî dinlenme hakkının orantısız sınırlanması sonucunu doğurur. Her ne kadar 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararı usûlî müktesep hak ve usûl ekonomisi gerekçeleri ile çok açık bir biçimde bunu yasaklasa da bugün için bu yorumun kabul edilebilmesi mümkün değildir. Bu çerçevede 1959 tarihli içtihadı birleştirme kararının uyma kararından sonra tahkikatın devam edeceğini bildirmesi ve 1948 tarihinden sonra hukukumuzun da bir parçası haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesi ile hukukî dinlenme hakkının düzenlendiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27'nci maddesi dikkate alındığında bu tür bir yorum yerinde olmaz. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin de idari yargı açısından yakın döneme kadar söz konusu olan ıslah imkânının olmaması durumunun, adil yargılanma hakkı ve hak arama hürriyetini ölçsüz sınırladığı yönünde kararları mevcuttur⁷⁰. Keza Anayasa Mahkemesi, ıslahla talep sonucunun artırılmasını yasaklayan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 87'nci maddesinin son cümlesini iptal ederken hak arama hürriyetinin ölçsüz sınırlanması teşkil ettiğini belirtmiştir⁷¹. İşte bozmaya uyma kararı verilmesinden sonra ıslah hakkının mutlak olarak kullandırılmaması da hak arama özgürlüğünün orantısız sınırlanması teşkil eder. Örneğin Yargıtay'ın bilirkişiye başvurulması gerekirken başvurulmadığı gerekçesiyle hükmü bozması ve mahkemece başvuru bilirkişi raporu üzerine zararın daha fazla olduğunun anlaşılması durumunda, bozmadan sonra ıslaha gidilmeyeceği gerekçesiyle ilgili tarafın ıslah yoluna başvuramayacağını söylemek, yukarıda zikredilen Anayasa Mahkemesi kararları da dikkate alındığında isabetli olmaz⁷². Ayrıca, bu şekilde bir sınırlama

70 AYM, Başvuru No: 2012/1052, K.T. 24.07.2014, para. 41-45. Hiç şüphesiz söz konusu kararlar ıslah hakkının hiç bulunmaması durumuna ilişkin olsa da sınırlamanın orantılı olmasını tespit edebilmek bakımından yol gösterici olmalıdır.

71 Anayasa Mahkemesi Kararı, E: 1999/1, K: 1999/33, K.T. 20.07.1999, Resmi Gazete, T: 4.11.2000, S: 24220.

72 "...Mahkemece: davalıların kusuru bulunmadığı yönünden alınan bilirkişi raporu doğrultusunda, kazanın küçüğün kusuruyla meydana gelmesi sebebiyle davanın reddine dair verilen karar Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 26.4.2010 tarih ve 2009/9541 E.-2010/4974 K. sayılı ilâmıyla; 'kusura dair bilirkişi incelemesinin yeterli olmadığı, üniversitelerin ilgili bölümlerinden 3 kişilik bilirkişi kurulundan davalıların kusurlu olup olmadığı, davalı Uedaş'ın tehlike sorumluluğu yönünden de yükümlülükleri gözetilmek suretiyle rapor alın-

karşısında, taraf ayrı bir dava açıp birleştirme talebinde bulunabilir; ancak yargılamayı disipline etmek ve ihtilafları nihayete erdirmek için var olan yasağın katı olarak uygulanması, tam tersi bir sonuç doğurur ve iki davanın birleştirilmesi talebi üzerine yargılama uzar.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru üzerine verdiği kararlarında ise, vekille temsil edilen başvuruçunun ıslah talebini tahkikat aşaması tamamlanmadan yapması gerektiği, bozma kararından sonra yapılan ıslah talebinin mevcut koşullarda reddedilebileceğini bilebilecek durumda olduğu, başvuruçunun ıslah yerine ek dava yoluyla talepte bulunabileceği, başvuruçunun ek dava açmasının engellendiği şeklinde bir iddiasının da olmadığı, ıslah talebinin reddedilmesinin başvuruçunun mahkemeye erişim hakkını ihlâl etmediği sonucuna varmıştır⁷³. Mahkemenin “*bozmadan sonra ıslah yapıp yapılamayacağı hususuna ilişkin hukukî ve pratik bir belirsizliğin bulunmadığı*”⁷⁴ belirlenmesini söz konusu bu çalışmadan açıkça anlaşıldığı üzere isabetli olduğunu belirtebilmek mümkün görünmemektedir. Mahkemenin ihlâl olmadığı sonucuna varırken bu kabullenmede ısrarcı olması ve “*verilen kararın 13/10/2008 tarihinde Yargıtay 4. Hukuk Dairesince bozulmasından sonra 17/3/2011 tarihinde yaptığı ıslah talebinin mevcut koşullarda reddedileceğini bilebilecek durumda olduğu*”⁷⁵ değerlendirmesine de aynı gerekçelerle katılamıyoruz. Ayrıca ihlâl olmadığını tespit eden mahkeme, kişinin ek dava açması önünde bir engel olmadığını da belirtmiştir⁷⁶. Oysa aynı mahkeme, ıslah ile talep sonucunun artırılmayacağına ilişkin hükmü iptal ederken “*davacıyı ikinci kez dava açmaya zorladığı,*

ması gerektiği’ belirtilerek bozulmuştur. Bozmaya uyularak alınan bilirkişi raporu doğrultusunda mahkemece; maddî tazminat talebinin kabulüyle (S. için) 172.336.88 TL maddî tazminatın tahsiline, manevî tazminat taleplerinin de kısmen kabulüne karar verilmiştir. Ancak, mahkemece davanın reddine dair verilen ilk kararın temyizi üzerine Yargıtay 4.Hukuk Dairesince 26.4.2010 tarihli ilâmla hükmün bozulmasından ve bozmaya uyulduktan sonra, yapılan yargılama esnasında davacılar tarafından verilen 27.11.2012 tarihli dilekçeyle S. K. lehine talep edilen maddî tazminat miktarını ıslah suretiyle 172.336,88 TL olarak artırmışlar, mahkemece ıslah edilen miktar esas alınarak bu yöndeki talebin kabulüne karar verilmiştir. Oysa H.M.K.nun 176. maddesi (H.U.M.K.nun 83. maddesi) ve 4.2.1948 tarih 10/3 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince bozmadan sonra ıslah yapılması mümkün değildir. Bu sebeple bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı ilkesi çiğnenmek suretiyle 172.336,88 TL'nin tahsiline hükmedilmesi doğru görülmemiştir”, Y.3.HD., 17.09.2013, E. 2013/10685, K. 2013/12802; Y.3.HD., 26.02.2014, E. 2014/1420, K. 2014/2951, <www.hukukturk.com> s.e.t. 07.04.2016; Y13HD., 28.06.2005, E. 1718/K. 11046, Tutumlu, s. 182-183.

73 AYM, Başvuru No: 2013/1932, K.T. 17.07.2014, para. 26. Aynı yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2013/5934, K.T. 26.02.2015.

74 AYM, Başvuru No: 2013/5934, K.T. 26.02.2015, para.60.

75 AYM, Başvuru No: 2013/5934, K.T. 26.02.2015, para.61.

76 AYM, Başvuru No: 2013/5934, K.T. 26.02.2015, para. 61.

davacıların haklarını en kısa sürede ve en az giderle almalarını engellediği, hak arama özgürlüğünü önemli ölçüde zorlaştırması nedeniyle demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığı, davaların en az giderle ve olabildiğince hızlı biçimde sonuçlandırılmasına engel olacağı⁷⁷ gerekçesini haklı olarak ifade etmiştir.

Yargıtay'ın hükmün bozulmasından sonra ıslaha başvurulamayacağını kabul eden bazı kararlarında, ıslahla talebin artırılmasına ilişkin hususta ek dava açılmasının mümkün olduğu belirtilmektedir⁷⁸. Ancak, tahkikatın sonuna kadar ıslahın kullanılması, bozmadan sonra yasaklanması karşısında Yargıtay kararlarında zikredildiği üzere ek dava açılması usul ekonomisine aykırılık teşkil eder⁷⁹. 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararında da hükmün bozulmasından sonra ıslahın yasaklanmasının bir sebebi de davaların uzaya-çağı endişesidir. Ancak, ıslah yoluna tarafların bir kez başvurabilmesi, ıslahın davaları sürüncemede bırakmak amacıyla kullanılmasını önlemek adına bir adımdır. Belirtmek gerekir ki, ıslahın amacı dışında kullanılması hükmün bo-

77 Bkz. yuk. dn. 35.

78 “Dava, kamulaştırmaz el atılan taşınmaz bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece, bozma kararına uyularak, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı idare vekilince temyiz edilmiştir. Bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. Arazi niteliğindeki taşınmaz ekilebilir net ürün gelirine göre değer biçilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir. Ancak, 6100 sayılı HMK'nun 177. maddesi ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 04.02.1948 gün ve 10/3 sayılı kararına göre, bozmadan sonra ıslah suretiyle talep sonucunun arttırılması mümkün değildir. Fazlaya dair hakların ek dava açılmak suretiyle istenmesi gerekir. Bu itibarla; dava dilekçesindeki miktar üzerinden hüküm kurulması gerekirken, ıslah dilekçesindeki talep nazara alınarak fazlaya hükmedilmesi doğru görülmemiştir”, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E: 2013/1980, K: 2013/5354, T: 25.03.2013. Aynı yönde bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E: 2014/3687, K: 2015/10058, T: 06.05.2015; Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E: 2013/25956, K: 2014/9478, T: 03.04.2014; Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E: 2012/27220, K: 2013/2322, T: 18.02.2013, <www.hukukturk.com> s.e.t. 08.04.2016; Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E: 4444/K: 4216, T: 03.04.2008, Tutumlu, s. 181; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 2014/8621, K: 2014/12560, T: 29.09.2014, <www.kazanci.com> s.e.t. 11.04.2016; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E: 2013/8129, K: 2013/11455, T: 03.07.2013; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 2012/11752, K: 2012/12097, T: 19.09.2012, Ateş, Mustafa (2014), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargıtay İlke Kararları, C. II, Ankara, Yetkin, s. 1345-1346.

79 “...27.10.2009 gün ve 2008/11352 E, 2009/29488 K sayılı dairemiz bozma ilâmı hükmün esasına ilişkin olması ve Yargıtay kararına uyularak yapılan yargılamada tahkikatın devam etmesi karşında, 07.01.2011 tarihinde yapılan ıslah yasaya aykırı görülmemiştir. Kaldı ki tek bir dava ile halledilebilecek bir uyuşmazlığın bir başka dava konusu olması da usul ekonomisine uymamaktadır. Bu düşünce Hukuk Muhakemeleri Kanunu usul ekonomisi ilkesi başlıklı 30. maddesinde ki ‘Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür’ düzenlenmesi ile de örtüşmektedir. Sonucu itibari ile doğru olan kararın bu gerekçe ile onanmasına oy çokluğu ile karar verildi.”, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2011/33835, K. 2011/42324, T: 01.11.2011, <www.hukukturk.com> s.e.t. 07.04.2016.

zulmasından sonra olabileceği gibi kanun yoluna başvurulmasından önce de söz konusu olabilir. Dolayısıyla anılan içtihadı birleştirme kararındaki bu gerekçenin yerinde olmadığı söylenmelidir⁸⁰. Artık talep sonucunun da ıslah ile artırılabilmesinin kabul edilmesinden sonra, 1948 tarihli kararda ısrar da isabetli olamaz.

İlk derece mahkemesinin Yargıtay'ın bozma kararına uymasıyla, bozma kararı lehine olan taraf yararına usûlî müktesep hakkın doğacağı belirtilmektedir. Ancak, Yargıtay'ın kararlarında kullandığı usûlî müktesep hak kavramı kanunda düzenlenmeyip, zikredilen içtihadı birleştirme kararlarıyla hukukumuzda kabul edilmiştir⁸¹. Nitekim usûl hukukuna ilişkin bir konuda, yargılamaya ilişkin kurallar açısından bir hak yaratmadan söz edilemeyeceğinden, usûlî müktesep hak kavramının bir dayanağı bulunmamaktadır. Buna karşın, bozma kararının içeriğine göre, ilk derece mahkemesince verilen hükmün bir kısmının kesinleşmiş olduğu söylenebilir. Nitekim hükmün kanun yoluna başvurulmayan bölümleri ile hükme karşı kanun yoluna başvurulmasına rağmen Yargıtay'ca talebin reddedildiği kısımları şekli anlamda kesinleşir⁸². Bu durumda bozma kapsamı dışında kalarak kesinleşen kısım için ıslah yapılamaz. Ancak bunun sebebi usûlî müktesep hak değil, kesin hükümdür. Bu durumda, zaten kesinleşen kısım için başlayan bir tahkikattan söz edilemez. Şu halde kesin hüküm oluşmamış olması kaydıyla, bozmadan sonra ıslahın yapılabileceğini kabul etmek gerekir. Kesin hüküm dışında, yargılama hukukunun ve yargılamanın bir taraf lehine kazanılmış bir hak yaratmasından söz edilemez.

Yargıtay kararlarında da kullanılan ve öğretilde ileri sürülen bozmanın usûle veya esasa ilişkin olmasına göre ayırım yapılarak, usule ilişkin bozma da ıslahın mümkün olduğu, esasa ilişkin bozma da ise ıslahın mümkün olmadığı görüşüne katılmamaktayız. Bu görüş, ıslahın bozmadan sonra taraflara bir imkân olarak tanınması yönünden isabetlidir; ancak esasa ilişkin bozma kararı verilmesi durumunda ıslaha izin verilmemesi yönünden tartışılabilir⁸³. Zira esasa ilişkin bozma çok çeşitli şekillerde ortaya çıkar ve her durumun özelliğine göre farklı değerlendirme yapmak gerekir. Örneğin hukukî ilişkinin

80 Tuna, s. 596; Ansay (1950), s. 127.

81 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, E: 13/ K: 5, T: 04.02.1959, Resmi Gazete, T: 28.04.1959, S: 10193; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, E: 21/K: 9, T: 09.05.1960, Resmi Gazete, T: 28.06.1960, S: 10537.

82 Bulut, Uğur (2013) 'Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Hükmün Kısmen Temyizi ve Kesinleşmesi', Legal MİHDER, C: 9, S: 24, s. 104-105; Kuru (2001), C: V, s. 4762 vd.; Önen, s. 316; Ansay, s. 358.

83 Akcan, s. 868.

mevcut olmadığı, hukukî nitelendirmenin hatalı olduğu ile faizin avans faizi oranı olması gerektiği gibi birtakım gerekçelerle hükmün bozulması farklı değerlendirmeleri gerektirir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 177'nci maddesinin birinci fıkrasında, ıslahın tahkikatın sonuna kadar yapılabileceği öngörülmüş, 1959 tarihli içtihadı birleştirme kararında bozmadan sonra tahkikatın yeniden başladığı kabul edilmiştir. Buna göre, bozmadan sonra ıslahın mümkün olup olmadığı meselesi, dava konusu yapılan ve temyiz edilen hususların kesinleşmiş olup olmadığına göre değerlendirilmelidir. Kesin hükmün söz konusu olmadığı durumda, yeniden başlayan tahkikatta ıslaha da müsaade edilmesi isabetli olur. Yargılamanın belirli bir kesitine kadar iddia ve savunmanın getirileceği kuralını yumuşatmanın bir yolu olan ıslahın mümkün olduğu halleri geniş yorumlamak gerekir. Bu noktada öğretide ileri sürülen farklı görüşler ve farklı yöndeki Yargıtay kararları da dikkate alındığında, geçen 50 yılı aşkın sürede sona ermemiş tartışma sebebiyle bir içtihadı birleştirme kararına ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz. Nitekim hal ve şartların değişmesi durumunda, ihtiyaca göre içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi veya kaldırılması mümkündür (Yargıtay Kanunu m. 45/III)⁸⁴. Özellikle kanunî bir dayanağı olmayan, içtihatlarla geliştirilen ve içtihatlarla istisnaları belirlenen usulî müktesep hakka dayanan içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi bir ihtiyaçtır. Makul gerekçelerin varlığı hâlinde, içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilebilmesinin yolu açık olup, hâl ve şartların değişmesi çerçevesinde ihtiyaca göre mevcut kararlar değiştirilebilmelidir⁸⁵.

Bölge adliye mahkemesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi çerçevesinde vermiş olduğu kararlardan sonra, hükmün kesinleşmesinden söz etmek mümkün olmayacağı ve tahkikatın yeniden başlayacağı göz önüne alındığında, ıslahın mümkün olduğu konusunda tereddüt etmemek icap eder. Bu noktada olası tartışmaları ve hak kayıplarını gidermek adına, bozmadan sonra ıslahın caizliği ile ilgili alınacak içtihadı birleştirme kararının içerisinde bu hususa da yer vermek isabetli olur.

84 Yılmaz, Ejder, 'İçtihadı Birleştirme veya Adaletteki Çelişkiye Sonverme İhtiyacı', Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII, 9-10 Haziran 2000, Ankara, s. 12, 18; Kuru, Baki (1977) İçtihatların Birleştirilmesi Yolu İle İlgili Bazı Sorunlar, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 34.

85 Kuru (2001), C: V, s. 4966-4970.

SONUÇ

Temyiz incelemesi sonunda verilen bozma kararından sonra ıslaha başvurulup başvurulmayacağı noktasında, bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinden sonra uygulamada ortaya çıkacak tereddütleri gidermek adına ele alınan bu çalışmada şu sonuçlara varılmıştır:

1-Yargı kararlarıyla ihdas edilen ve sınırları net olmayan usûlî müktesep hakkın tayini ile usûl hukukunun diğer kurumlarının uygulanmasına engel olunmamalıdır.

2-İslah kurumuna, bozmadan önce başvurulmaması durumunda, ilk derece mahkemesinin bozmaya uymasından sonra kullanılmasını engelleyen bir hüküm Kanun'da mevcut bulunmadığından ıslah hakkının kullanılmasının dar yorumlanmaması gerekir.

3-Bozmanın esasa ve usûle ilişkin olmasına göre ayırım yapılmadan, ıslah hakkının kullanılmasına izin verilmelidir. Bu anlamda ölçüt, bozmadan sonra hükmün kesinleşip kesinleşmemesi olmalı ve hükmün kesinleşmeyen kısımları bakımından ıslaha başvurulabilmelidir.

4-İstinaf kanun yolunda ıslaha başvurulması yasak olsa da, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi çerçevesinde, Yargıtay'ın bozmasından sonra dosyanın bölge adliye mahkemelerine değil, ilk derece mahkemesinin önüne geleceği durumlarda, bozmadan sonra ilk derece mahkemesinde tahkikat devam edeceğinden ıslaha imkân tanınmalıdır.

5-Uygulamadaki farklılıkların giderilmesi, hak kaybının oluşmaması ve istinaf kanun yolu çerçevesinde konuya dair boşluğun doldurulması amacıyla, günümüzde ihtiyaçlara cevap veremeyen ve meseleye ilişkin tereddütleri gidermeyen mevcut içtihadı birleştirme kararı değiştirilmelidir.

KAYNAKÇA

Akcan, Recep (2003) 'Hükümün Bozulmasından Sonra İslah', Ünal Tekinalp'e Armağan, C: II, İstanbul, Beta Yayınları, s. 859-889.

Akkaya, Tolga (2009) Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara, Yetkin Yayınları.

Akil, Cenk (2010) İstinaf Kavramı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Aktepe Artık, Sezin (2014) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medenî Usûl Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara, Seçkin Yayınları.

Alangoya, Yavuz (1979) Medenî Usûl Hukukunda Vakııaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul, Fakülteler Matbaası.

Alangoya, Yavuz & Yıldırım, M. Kâmil & Deren-Yıldırım, Nevhis (2009) Medenî Usûl Hukuku Esasları, Yedinci Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.

Ansay, Sabri Şakir (1960) Hukuk Yargılama Usûlleri, Yedinci Baskı, Ankara, Güzel Sanatlar Matbaası.

Ansay, Sabri Şakir (1950) 'İslah', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: VII, S: 1, s. 122-129.

Arslan, Ramazan & Yılmaz, Ejder & Taşpınar Ayvaz, Sema (2016) Medenî Usûl Hukuku, Birinci Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Arslan, Ramazan (1989) Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara, Sevinç Matbaası.

Atalı, Murat (2009) 'İslah Yoluyla İleri Sürülen Talep Bakımından Zamanışımının Kesildiği Tarih', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C: 11, s. 115-127.

Atalı, Murat (2014) Medenî Usûl Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Ateş, Mustafa (2014) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargıtay İlke Kararları, C: II, Ankara, Yetkin Yayınları.

Belgesay, Mustafa Reşit (1940) Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C: I, İstanbul, Güven Yayınevi.

Berki, Şakir (1959) Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Ankara, Ege Matbaası.

Bilge, Necip (1964) 'Üst Mahkemeler', Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 61-89.

Bilge, Necip (1967) Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara, Sevinç Matbaası.

Bilge, Necip & Önen, Ergun (1978) Medenî Yargılama Hukuku, Üçüncü Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası.

Bulut, Uğur (2013) 'Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Hükümün Kısmen Temyizi ve Kesinleşmesi', Legal MİHDER, C: 9, S: 24, s. 91-128.

Bülöw, Oscar, 'Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts', ZZZ 27, s. 201-260.

Deren Yıldırım, Nevhis, 'Teksif İlkesi Açısından İstinaf', İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı (7-8 Mart 2003), Ankara, s. 267-284.

Erdemir, İlter (1998) Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İkinci Baskı, Ankara, Sim Matbaası.

Erdoğan, Celâl (1973) Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, Ankara, Balkanoğlu Matbaası.

Erdoğan, Gülnur (2011) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medenî Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara, Adalet Yayınları.

Erem Faruk (1950) 'İstinaf Mahkemeleri', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1-2, s. 9-17.

Ersoy, Rifat (1976) İzahlı-Notlu-İçtihatlı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, Ankara, Ayyıldız Matbaası.

Görgün, L. Şanal & Kodakolu, Mehmet (2012) 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları.

Grunsky, Wolfgang (1974) Grundlagen des Verfahrensrecht, Bielefeld.

İnceoğlu, Sibel (2007) Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Ankara, Şen Matbaası.

Jauernig, Othmar (1971) 'Materielles Recht und Prozessrecht', JuS, s. 329-324.

Karafakih, İsmail Hakkı (1952) *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.

Karafakih, İsmail Hakkı (1962) ‘Cevap Layihası Vermemiş Olan Davalı Müruruzaman Def’ini Dermeyan Hakkını Iskat Etmiş Midir?’, *İstanbul Barosu Dergisi*, C: XXXVI, S: 1-2-3, s. 13-19.

Karslı, Abdurrahim (2012) *Medenî Muhakeme Hukuku*, Üçüncü Baskı, İstanbul, Alternatif Yayınları.

Kaşıkar, M. Serhat (2009) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye*, Ankara, Adalet Yayınları.

Kuru, Baki (1977) *İçtihatların Birleştirilmesi Yolu İle İlgili Bazı Sorunlar*, Ankara, Sevinç Matbaası.

Kuru, Baki (1995) *Hukuk Muhakemeleri Usûlü El Kitabı*, İstanbul, Alfa Yayınevi.

Kuru, Baki (2001) *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, Altıncı Baskı, C: I-VI, İstanbul, Demir-DemirYayınevi.

Kuru, Baki (2006) ‘Usûlî Müktesep Hak (Usûle İlişkin Kazanılmış Hak)’ Makaleler, İstanbul, Arıkan Yayınları, s. 329-341.

Kuru, Baki (2015) *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, Birinci Baskı, İstanbul, Legal Yayınları.

Meriç, Nedim (2009) ‘Zamanaşımı Def’ine İlişkin Bazı Medenî Yargılama Hukuku Meseleleri’, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C: I, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 679-704.

Muşul, Timuçin (2012) *Medenî Usûl Hukuku*, Üçüncü Baskı, Ankara, Adalet Yayınları.

Önen, Ergun (1979) *Medenî Yargılama Hukuku*, Ankara, Sevinç Matbaası.

Özekes, Muhammet (2003) *Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Ankara, Yetkin Yayınları.

Özekes, Muhammet (2004) ‘Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi-Özellikle İstinaf’, *Legal Hukuk Dergisi*, 2004/23, s. 3103-3116.

Özekes, Muhammet (2011) Sorularla Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), İkinci Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

Pakel, Nafi (2009) 'İslah Yolu ve 1948 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı', İstanbul Barosu Dergisi, C: 83, S: 6, s. 3115-3118.

Pawlowski, Hans M., 'Aufgabe des Zivilprozessrecht', ZZP 80, s. 345-391.

Pekcanitez, Hakan (2000) 'Hukukî Dinlenme Hakkı', Prof. Dr. Seyfullah Ediş Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, s. 743-789.

Pekcanitez, Hakan & Akyazılı, Erdem (2008) 'İslaha ilişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi', Uğur Alacakaptan'a Armağan, C: II, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 533-561.

Pekcanitez, Hakan & Atalay, Oğuz & Özekes, Muhammet (2013) Medenî Usûl Hukuku, Ondördüncü Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Postacıoğlu, İlhan E. (1975) Medenî Usûl Hukuku Dersleri, Altıncı Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.

Postacıoğlu, İlhan E. & Altay, Sümer (2015) Medenî Usûl Hukuku Dersleri, Yedinci Baskı, İstanbul, Vedat Yayınları.

Rimmelspacher, Bruno (1966) Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess, Göttingen.

Sommerlad, Klaus (1974) Die Innerprozessuale Bindung an Vorangegangene Urteile der Rechtsmittelgerichte, Karlsruhe.

Taşpınar, Sema (1999) 'Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu', Faruk Erem Armağanı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 759-787.

Türkiye Adalet Bakanlığı (2007) Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, Türkiye Cumhuriyeti'nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Ankara.

Tutumlu, Mehmet Akif (2015) Kuram ve Uygulama Işığında Medenî Usûl Hukukunda İslah, Üçüncü Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.

Tuna Yalçın (1955) 'İslah', Ankara Barosu Dergisi, S: 1, s. 595-597.

Umar, Bilge (2014) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İkinci Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Üstündağ, Saim (1962) 'Süresinde Cevap Layihası Vermemenin Müeyyidesi Vardır', İstanbul Barosu Dergisi, C: XXXVI, S: 4-5-6, s. 22-36.

Üstündağ, Saim (1967) İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul, Cezaevi Matbaası.

Üstündağ, Saim (1997) Medenî Yargılama Hukuku, Altıncı Baskı, İstanbul, Alfa Yayınevi.

Üstündağ, Saim (2010) 'Uyulan Bozma İlâmının Bağlayıcı Gücü', Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara, Adalet Yayınları, s. 453-462.

Yavaş Murat (2015) Medenî Usûl Hukukunda Temyiz, Ankara, Seçkin Yayınları.

Yılmaz, Ejder, 'İçtihadı Birleştirme veya Adaletteki Çelişkiye Sonverme İhtiyacı', Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII, 9-10 Haziran 2000, Ankara, s. 1-30.

Yılmaz, Ejder (2005) İstinaf, İkinci Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Yılmaz, Ejder (2008) 'Usûl Ekonomisi', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 57, S: 1, s. 243-274.

Yılmaz, Ejder (2013) Medenî Yargılama Hukukunda Islah, Dördüncü Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Zöllner, Richard (1979) Zivilprozessordnung, Köln.

YETKİLİ MAKAM KARARIYLA GENEL YOLDAN TÜRK VATANDAŞLIĞININ KAZANILMASINDA ÖĞRENCİ OLMANIN ETKİSİ

Yrd. Doç. Dr. Cemil GÜNER*

ÖZET

Vatandaşlığın yetkili makam kararıyla kazanılması yolunda devlet, yabancıların toplumla entegrasyon sağlamasını arzu etmektedir. Bu amaçla yabancıların vatandaşlık başvurusunda bulunduğu ülkede belli bir süre ikamet etmesi şart koşulmaktadır. Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 11. maddesine göre Türk vatandaşlığının yetkili makam kararıyla genel yoldan kazanılmasında aranan şartlardan biri de Türkiye'de beş yıl ikamet etmektir. Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te ise yerleşme niyetini göstermeyen öğrenim gibi geçici bir sebeple Türkiye'de bulunmanın Türk vatandaşlığına alınma bakımından geçerli ikamet olarak kabul edilmeyeceği öngörülmüştür. Böylece, kanunî bir sınırlama bulunmamasına rağmen, ikamet şartının Türkiye'de öğrenim gören yabancı öğrenciler tarafından öğrenim süresince sağlanması mümkün görünmemektedir. Yabancıların öğrenci olmasının Türk vatandaşlığının kazanılmasına etkisi, özellikle de öğrenim amaçlı ikamet başvurusuna esas alınmaması ve öğrenciliğin yerleşme niyetini engelleyici bir olgu olarak kabul edilmesi eleştiriye açıktır. Bu çalışmada, Türkiye'de öğrenim gören yabancı öğrencilerin Türk vatandaşlığını yetkili makam kararıyla genel yoldan kazanma başvurusunu reddeden Türk vatandaşlık hukuku düzenlemeleri eleştirel bir bakış açısıyla ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Türk vatandaşlığının genel yoldan kazanılması, öğrenci, ikamet, öğrenci ikamet izni, yerleşme niyeti.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, cguner@selcuk.edu.tr

THE EFFECT OF BEING A STUDENT ON THE ACQUISITION OF TURKISH CITIZENSHIP BY GENERAL WAY

ABSTRACT

The state wants foreigners to integrate into the society on the way of acquisition of citizenship by the decision of the competent authority. For this reason, residing of foreigners in the country which they apply for the citizenship is stipulated. According to article 11th of Turkish Citizenship Code, one of the conditions of acquisition of Turkish citizenship by general way is to be residing for five years in Turkey. But Regulation of Turkish Citizenship Code determines that staying in Turkey with a temporary reason like education does not meet this condition. The foreign students in Turkey can't fulfill the condition of residing although there is no legal restriction based upon Turkish Citizenship Code. The effect of being a student on acquisition of Turkish citizenship, especially, rejection of student residence permit on the applying of citizenship and acceptance of being a student as a preventive fact for intention of settling are vulnerable to criticism. This study critically examines the regulations of Turkish citizenship law on the acquisition of Turkish citizenship of foreign students by general way.

Keywords: Acquisition of Turkish citizenship by general way, student, residence, student residence permit, intention of settling.

GİRİŞ

Ülkemize öğrenim görmek üzere gelen yabancı öğrenci sayısı her yıl artarak devam etmektedir. Bunda özellikle Türkiye'nin birçok yabancı devletle yaptığı eğitim-öğretim konulu milletlerarası sözleşmelerin etkisi vardır. Gerek kendi imkânlarıyla gerek çeşitli devletlerin emrine verilen burslardan faydalanarak ya da Erasmus ve Mevlana gibi karşılıklı öğrenci değişimi içeren programlar olmak üzere Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler kapsamında Türkiye'ye gelen yabancı öğrenciler, başta lisans ve lisansüstü olmak üzere değişik öğrenim derecelerinde öğrenimlerini sürdürmektedirler.

Türkiye'ye öğrenim amaçlı olarak gelen yabancılar, Türk yabancılar hukuku mevzuatına uygun olarak ülkeye giriş yapmak ve ikamet etmekle mükelleftir. Öğrenimlerini sürdüren yabancı öğrenciler, Türk vatandaşlığını yetkili makam kararıyla kazanma arzusuna da sahip olabilirler. Bununla birlikte, Türkiye'de ikamet eden yabancı öğrenciler, yerleşme niyetini göstermeyen bir amaçla ikamete bağlandıkları gerekçesiyle Türk vatandaşlığını genel yoldan kazanamamaktadırlar. Böyle bir sonucun 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununda¹ (TVK) öngörülen düzenlemelerden kaynaklanmaması, kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir. Zira öğrenim amaçlı ikametini genel yoldan vatandaşlık başvurusunda dikkate alınmamasının temelinde, Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte² (TVK Yönetmeliği) yer alan düzenlemeler yatmaktadır.

Çalışmamızda, yabancı öğrencilerin yetkili makam kararıyla genel yoldan vatandaşlık kazanması ile ilgili düzenlemeler üzerinde durulacaktır. Bu çerçevede, mevzuat hükümleri incelenecek; anayasaya ve kanuna aykırı yönetmelik hükümleri üzerinde eleştiriler yapılarak çözüm önerisinde bulunulacaktır. İlave olarak, yabancı öğrencilerin durumu, vatandaşlığın yetkili makam kararıyla kazanılmasının diğer yolları çerçevesinde ele alınacaktır.

I. TÜRK VATANDAŞLIĞININ YETKİLİ MAKAM KARARIYLA GENEL YOLDAN KAZANILMASI

A. GENEL OLARAK

Türk vatandaşlığının yetkili makam kararı ile kazanılmasının olağan yolu, adî telsik kavramıyla da ifade edilen genel yoldur³. Zira vatandaşlığın

1 RG. 12.06.2009-27256.

2 RG. 06.04.2010-27544.

3 Güngör, Gülin (2014) *Tâbiyet Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 75.

yetkili makam kararı ile kazanılmasında esas alınan TVK'daki diğer yollar, yabancı'nın belirli özelliklere sahip olması ihtimallerinde uygulama bulur⁴. Hiç Türk vatandaşı olmamış ve Türk vatandaşlığını diğer yollarla kazanma şartlarını taşımayan bir yabancı, vatandaşlık başvurusunu kural olarak genel yoldan yapabilir. Örneğin, bir Türk vatandaşı ile en az üç yıldan beri evli olan bir yabancı Türk vatandaşlığını kazanmak istiyorsa, yalnızca genel yol değil, evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması yoluna istinaden de başvuruda bulunabilir. Benzer şekilde, Türkiye'ye sanayi tesisi getirmiş bir kimse, istisnai yoldan Türk vatandaşlığının kazanılması yoluyla da başvuruda bulunabilme imkânına sahiptir.

Vatandaşlığın yetkili makam kararıyla genel yoldan kazanılması çerçevesinde, yabancı'nın TVK md. 11'de aranan şartları başvuru tarihinde sağlaması gerekmektedir. Bununla birlikte, söz konusu şartların mevcudiyeti, yabancı'nın Türk vatandaşlığına mutlak surette alınacağı anlamına gelmez. Nitekim TVK md. 10'da Türk vatandaşlığının kazanılmasında kanunda aranan şartları taşımanın, vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak bir hak sağlamayacağı hükme bağlanmıştır. Zira bir yabancı'nın Türk vatandaşlığını kazanması devletin egemenlik hakkını ilgilendirdiğinden, yetkili makamın bu konuda takdir yetkisi bulunmaktadır⁵. Bu bakımdan, bir yabancı'nın yetkili makam kararıyla genel yoldan vatandaşlık kazanması, kanunî şartların varlığının Vatandaşlık Başvuru İnceleme Komisyonu tarafından tespitinden sonra yetkili makamın takdiri ile mümkün olabilecektir⁶.

Kanun koyucu, yetkili makam kararıyla genel yoldan vatandaşlığın kazanılmasında sekiz kanunî şart aramaktadır (TVK md. 11). Buna göre, vatandaşlık başvurusunda bulunan kişinin,

- kendi millî kanununa, vatansız ise Türk kanunlarına göre ergin ve ayırt etme gücüne sahip olması,
- başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etmesi,
- Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit etmesi,
- genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden bir hastalığı bulunmaması,
- iyi ahlâk sahibi olması,
- yeteri kadar Türkçe konuşabilmesi,

4 Doğan, Vahit (2014) Türk Vatandaşlık Hukuku, 12. Baskı, Ankara, Savaş, s. 63.

5 Nomer, Ergin (2015) Türk Vatandaşlık Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Filiz, s. 78-79.

6 Erdem, B. Bahadır (2013) Türk Vatandaşlık Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Beta, s. 113.

- Türkiye’de kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire veya mesleğe sahip olması,
- millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmaması

gerekir. Söz konusu sekiz şartta Bakanlar Kurulu’nun takdir yetkisinde olmak üzere bir şart daha ilâve edilebilecektir. Buna göre, Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancından, taşıdığı devlet vatandaşlığından çıkması da istenebilir⁷.

TVK Yönetmeliğinin ikamet şartına ilişkin aşağıda ayrıntıları ile ele alınacak olan hükümleri dikkate alındığında, yabancı öğrencilerin vatandaşlığın yetkili makam kararıyla genel yoldan kazanılması çerçevesinde yaptığı başvurularının kabulü mümkün değildir. TVK md. 11/1-b ve md. 15’in ikamet şartının tespitine yönelik hükümlerine aykırı olarak TVK Yönetmeliğinde öngörülen bazı düzenlemelerle yabancı öğrencilerin vatandaşlık başvurusunun reddedilmesi, Anayasaya aykırılık teşkil etmektedir. Zira TVK Yönetmeliğindeki söz konusu düzenlemeler, Anayasa md. 66/3’de “Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hâllerde kaybedilir” hükmüyle anayasal bir dayanağa kavuşmuş olan kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır⁸.

B. TÜRKİYE’DE İKAMET ŞARTI

1. Genel Olarak

Vatandaşlık için başvuruda bulunulan ülkede ikamet, bir yabancının o ülkeye ve topluma uyum sağlayıp sağlamadığının tespitinde dikkate alınan kriterlerden biri olarak kabul edilmektedir⁹. Buna göre, vatandaşlığı kazanılmak istenen devletin ülkesinde vatandaşlık hukuku mevzuatında öngörülen

7 Bu şartın kullanılmasına ilişkin esasları belirleme yetkisi Bakanlar Kurulu’nda olduğundan, hangi devletin vatandaşları veya hangi yabancılar için bu şartın aranacağı Bakanlar Kurulu’nun takdirine bırakılmıştır: Nomer, s. 87. Aynı şekilde, söz konusu takdir yetkisinin hangi amaçlarla ve hangi hâllerde aranacağı da tamamen Bakanlar Kurulu’nun takdirindedir: Güngör (2014), s. 92.

8 Vatandaşlığı yetkili makam kararıyla genel yoldan kazanma başvurusunun, TVK’da öngörülen şartlar dışında, yönetmelik, yönerge gibi alt düzenleyici kurullarla sınırlandırılması veya reddinin hukuka aykırılığına ilişkin ayrıca bkz. Nomer, s. 79.

9 Erdem, s. 117.

süre kadar ikamet eden bir yabancıнын o ülkede entegrasyon problemi yaşayacağı varsayılmaktadır¹⁰. Böylece belli bir süre bir ülkede ikametini, o ülkenin yurt olarak benimsendiğine karine teşkil ettiği kabul edilmektedir¹¹.

Hukuk sistemlerinde, yabancıların uyumlarının tesisi çerçevesinde vatandaşlığını kazanmak istedikleri ülkede belli bir süre ikamet etmesi şart koşulmaktadır. Bununla birlikte, ikamet süresine ilişkin farklı düzenlemeler öngörülebilmektedir¹². Ülkede belli bir süre ikametini aranması, milletlerarası hukuk bakımından makul bir şart olarak görülmektedir. Nitekim Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi¹³ de yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanmaya ilişkin şartları düzenleme hususunda devletleri serbest bırakmış¹⁴, bu çerçevede aranacak ikamet şartının tespiti noktasında gerekli sürenin, vatandaşlık başvurusu tarihinden geriye doğru on yılı aşamayacağını öngörmüştür (md. 6/3)¹⁵. Örneğin Alman Vatandaşlık Kanunu § 10 uyarınca, yetkili makam kararıyla Alman vatandaşlığının kazanılması için aranan şartlar arasında Almanya'da sekiz yıllık ikamet şartı aranmıştır¹⁶. Bununla birlikte, bazı hukuk sistemlerinde Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde öngörülen süreyi aşan ikamet süreleri de öngörülebilmektedir. Örneğin İsviçre Vatandaşlığının Kazanılması ve Kaybına İlişkin Federal Kanun md. 15/1'de, yabancıнын İsviçre'de kural olarak on iki yıllık süreyle ikameti, İsviçre vatandaşlığının yetkili makam kararıyla kazanılması yolunda aranan bir şarttır¹⁷.

Türk vatandaşlığının yetkili makam kararıyla genel yoldan kazanılmasında karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere benzer şekilde, vatandaşlık başvurusunda bulunan yabancıнын belli bir süre Türkiye'de ikamet etmesi şartı

10 Doğan, s. 66.

11 Aybay, Rona (2004) Vatandaşlık Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 116.

12 Erdem, s. 117; Nomer, s. 82.

13 Türkiye, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'ne taraf değildir. Sözleşme metni için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=166&CM=8&DF=12/04/2014&CL=ENG> (s.e.t. 18.03.2016).

14 Tanrıbilir, F. Bilge 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı': Hailbronner, Kay&Tiryakioğlu, Bilgin&Küçük, Esin&Schneider, Katja (Editörler) (2010) Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, Uluslararası Sempozyum, 1. Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 105

15 Konu hakkında ayrıca bkz. Güngör, Gülin (1997-1998) 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi', MHB, S: 1-2, s. 238.

16 Alman Vatandaşlık Kanunu için bkz. <http://eudo-citizenship.eu/country-profiles/?country=Germany> (s.e.t. 18.03.2016).

17 İsviçre Vatandaşlığının Kazanılması ve Kaybına İlişkin Federal Kanun md. 15/2'de, yabancıнын 10 ilâ 20 yaşlar arasında İsviçre'de ikamet etmesi hâlinde, bu süreler içinde gerçekleşen ikamet süresinin çift olarak hesaplanacağı istisnasına yer vermiştir. Buna göre, örneğin 11 yılında İsviçre'de ikamet etmeye başlayan bir yabancı, kural olarak altı yıllık süre sonunda on iki yıllık ikamet süresini karşılamış olacaktır. İsviçre Vatandaşlığının Kazanılması ve Kaybına İlişkin Federal Kanun için bkz. <http://eudo-citizenship.eu/country-profiles/?country=Switzerland> (s.e.t. 18.03.2016).

aranmıştır. Buna göre, yabancının, başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye’de kanunî ve kesintisiz en az beş yıl ikamet etmesi şarttır (TVK md. 11/1-b). Bu şekilde, en az beş yıldır Türkiye’de kesintisiz olarak ikamet eden yabancının Türkiye’ye entegre olduğu kabul edilir¹⁸.

2. Yabancının Türkiye’de İkameti

a. Yabancı Bakımından İkamet Kavramı

Türk vatandaşlığının yetkili makam kararı ile genel yoldan kazanılması kapsamında aranan, başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye’de kesintisiz beş yıl ikamet şartının tespiti, vatandaşın Türkiye’de ikametinden farklı hükümlere tâbidir. Bu sebeple, gerçek kişi vatandaşın ikametini düzenleyen 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu¹⁹ (TMK) md. 19/1’deki “sürekli kalma niyetiyle oturulan yer” olgusu, yabancılar için hüküm ifade etmemektedir. Dolayısıyla, bir yabancının Türkiye’deki ikametinin tespitinde “sürekli kalma” gibi yerleşme niyetine işaret eden bir kriter dikkate alınamayacaktır²⁰.

Yabancıların Türkiye’de ikameti, TVK md. 15’de özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, bir yabancı için ikamet, Türk kanunlarına uygun olarak Türkiye’de oturmaktır. Söz konusu düzenleme dikkate alındığında, bir yabancının Türkiye’deki ikametinin kanuna uygunluğu bakımından, gerek ülkeye giriş gerekse ülkede ikamet şartlarının belirlenmesinde 5682 sayılı Pasaport Kanunu²¹ ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda²² (YUKK) öngörülen hükümlere riayet edilmesi şarttır²³. Pasaport Kanunu ve YUKK

18 Doğan, s. 66. Nitekim TVK’nın gerekçesinde de Türkiye’de kesintisiz beş yıl ikamet etmiş olma, Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen kişinin Türkiye’yi yaşamak istediği bir yer olarak benimsediğine ve Türk toplumuna uyum sağladığına ilişkin yeterli bir gösterge olarak görülmektedir (md. 11/b). TVK’nın gerekçesi için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss90.pdf> (s.e.t. 25.03.2016).

19 RG. 08.12.2001-24607.

20 Mülga 403 sayılı TVK (RG. 22.02.1964-11638) md. 6’daki yetkili makam kararıyla genel yoldan vatandaşlığın kazanılması şartları arasında yer alan “müracaat tarihinden geriye doğru Türkiye’de beş yıl ikamet etme” şartındaki ikamet süresinin hesaplanmasında, md. 9 uyarınca yabancının TMK hükümlerine göre Türkiye’de yerleşim yerine sahip olup olmamasının önemi vardı. Zira yabancının toplamı altı ayı geçmemek şartıyla Türkiye dışında bulunmasının ikamet süresini kesmeyeceği, ancak Türkiye dışında geçirilen zamanın ikamet süresinden sayılamayacağı hükme bağlanmakta idi (md. 9/1). Bununla birlikte, Türkiye’de TMK hükümlerine göre yerleşim yeri sahibi olan yabancının tedavi, öğrenim veya herhangi bir mücbir sebeple Türkiye dışına çıkması veya böyle bir sebeple Türkiye dışında kalması hâllerinde yurt dışında geçen zamanın toplamının altı ayı geçse dahi ikamet süresinin kesilmeyeceği hükme bağlanmakta idi (md. 9/2): Aybay, s. 117-118.

21 RG. 24.07.1950-7564.

22 RG. 11.04.2013-28615.

23 Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi md. 6/3’de de, taraf devletlerin kendi ülkelerinde hukuka uygun şekilde ve mutaden oturan kişilere genel olarak vatandaşlığa alınma konusunda

hükümlerine uygun şekilde Türkiye'ye giriş yapan ve yine YUKK'ta öngörülen şartlara uyarak ikamet izni alan bir yabancı, TVK md. 15 anlamında yasal ikamete sahip demektir. Nitekim TVK Yönetmeliği md. 3/1-h de yabancının ikametini, yasal ikamet izniyle Türkiye'de oturmaya bağlamıştır. Benzer şekilde, TVK Yönetmeliği md. 16/2-c'de yasal ikamet izni olmaksızın Türkiye'de bulunan yabancıların vatandaşlık başvurusunun kabul edilmeyeceği hükme bağlanmak suretiyle, ikamet iznini, yabancının Türkiye'deki yasal ikameti bakımından zorunlu kılmıştır.

Türkiye'de ikamet etmek isteyen bir yabancının öncelikle Türkiye'ye yasal giriş için aranan şartları yerine getirmesi gerekir. Her şeyden önce yabancının, Pasaport Kanunu md. 1 ve YUKK md. 5 uyarınca Bakanlar Kurulu'nca belirlenen sınır kapılarından²⁴ Türkiye'ye giriş yapması şarttır²⁵. İlave olarak, Türkiye'ye giriş yapmak isteyen yabancının, beraberinde taşıdığı pasaport ya da pasaport yerine geçen bir belgeyi ülkeye giriş anında yetkili makamlara göstermesi zorunludur. Zira gerek Pasaport Kanunu md. 2 gerekse YUKK md. 5 ve md. 6/1 gereğince, sınır kapılarındaki polis makamlarına usulüne uygun ve geçerli bir pasaport ya da pasaport yerine geçen bir belge ibraz etme yükümlülüğü bulunmaktadır²⁶. Türkiye'ye giriş yapmak isteyen yabancının, YUKK md. 11/1'e göre vize alma zorunluluğu da aranan şartlardan bir diğeridir²⁷. Zira vize muafiyet hâli bulunmadığı sürece²⁸, Türkiye'de doksan güne kadar kalacak

taahhütte bulunmak suretiyle, ancak o devletin mevzuatına uygun şekilde ikamet eden yabancıların vatandaşlık kazanmasına ilişkin genel bir çerçeveye işaret edilmiş olmaktadır: Güngör (1997-1998), s. 238.

- 24 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte (YUKK Yönetmeliği) (RG. 17.03.2016-29656) sınır kapısı, Bakanlar Kurulu kararıyla Türkiye'ye giriş ve Türkiye'den çıkış için tespit edilen, fiziki olarak dış çevreden ayrılmış veya böyle addedilen kara, hava, deniz ve demiryolu sınır geçiş noktaları olarak tanımlanmıştır (md. 3/1-cc).
- 25 Sınır kapılarından ülkeye giriş yapma şartı ile ilgili olarak bkz. Çiçekli, Bülent (2014) Yabancılar ve Mülteciler Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 76.
- 26 Ekşi, Nuray (2015) Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Beta, s. 74.
- 27 YUKK bağlamında vize alma zorunluluğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Teksoy, Barış (2013) '6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu', AÜHFD, C: 62, S: 3, s. 858 vd.
- 28 Kanundan ya da milletlerarası anlaşmalardan kaynaklanan vize muafiyeti, bir yabancının ülkeye vize almaksızın giriş yapabilmesi ve vize muafiyetinin sağladığı süre boyunca ikamet edebilmesidir: Çiçekli, s. 89. YUKK md. 12/1'de vize muafiyeti kapsamında Türkiye'ye girişlerinde vize şartının aranmayacağı yabancılar şöyle sıralanmıştır: -Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu anlaşmalarla ya da Bakanlar Kurulu kararıyla vizeden muaf tutulan ülkelerin vatandaşları, -Türkiye'ye giriş yapacağı tarih itibarıyla geçerli ikamet veya çalışma izni bulunanlar, -Pasaport Kanunu'nun 18. maddesine göre verilmiş ve geçerliliklerini yitirmemiş yabancılara mahsus damgalı pasaport sahipleri, -TVK'nın 28. maddesi kapsamında olduğu anlaşılabilir. YUKK md. 12/1'de öngörülen vize muafiyeti kapsamında kalan yabancılara YUKK Yönetmeliği md. 13/1 gereğince ayrıca "çalışma izni muafiyet teyit belgesi bulunanlar", "ikamet izninden muafiyet sağlayan belgeye sahip

yabancılar²⁹, vatandaşı oldukları ya da yasal olarak buldukları ülkedeki Türk konsolosluklarından³⁰ geliş amaçlarını³¹ da belirten vize alarak Türkiye'ye giriş yapabilirler³². Son olarak, YUKK md. 7 uyarınca, Türkiye giriş yapmak isteyen yabancıların ülkeye girişine izin verilmeyecek kişilerden olmaması gerekir³³. Aynı şekilde, yabancı hakkında YUKK md. 9'da öngörülen şekilde Türkiye'ye giriş yasağı kararı alınmamış olması ülkeye yasal giriş bakımından şarttır³⁴.

Yabancıların Türkiye'ye yasal girişi bakımından gerekli bu şartlara ila-

olanlar", "İskân Kanunu kapsamında göçmen belgesi sahipleri" de ilave edilmiştir. YUKK md. 12/2'de ise Türkiye'ye girişte vize şartı aranmayabileceği öngörülen yabancılar sıralanmıştır. Buna göre, mücbir nedenlerle Türk hava ve deniz limanlarını kullanmak zorunda kalan taşıtlardaki yabancıların liman şehrine çıkacak kişilerden, Türkiye'ye girişte vize şartı aranmayabilir (md. 12/2-a). Bu durum, YUKK Yönetmeliği md. 14/1'de, hava şartları, kaza, taşıtlarda meydana gelebilecek teknik aksaklıklar ile sağlık sorunları gibi mücbir sebeplerle Türk hava ve deniz limanlarını kullanmak zorunda kalan taşıtlardaki yabancıların, Türkiye'ye girişte liman şehriyle sınırlı olmak üzere ve mücbir sebep süresince vize şartı aranmaksızın ülkeye girişlerine valiliklerce izin verilebileceği şeklinde açıklanmıştır. YUKK'da ayrıca deniz limanlarına gelip yetmiş iki saati geçmemek kaydıyla, liman şehri veya civar illeri turizm amaçlı gezecek kişiler bakımından da vize şartının aranmayabileceği düzenlenmiştir (md. 12/2-b). Vize muafiyeti konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Teksoy, s. 863-877.

- 29 YUKK md. 11/1'de vize ve vize muafiyeti ile Türkiye'ye giriş yapan bir yabancıların Türkiye'deki kalış süresinin, her yüz seksen günde doksan günü aşamayacağı hükme bağlanmıştır.
- 30 YUKK md. 13/1, istisnai hâllerde sınır kapılarında da vize alınabileceğini öngörmektedir. Buna göre, vize almadan sınır kapılarına gelen yabancıların, süresi içinde Türkiye'den ayrılacaklarını belgelemeleri hâlinde, sınır kapılarında vize verilebilir. Buna karşın YUKK Yönetmeliği md. 15/1'de yabancıların süresi içinde Türkiye'den ayrılacaklarını belgelemeleri şartına ilave olarak şu hâllerden biri kapsamında olduklarının da belgelendirilmesini şart koşmuştur: -Yabancıların yasal olarak bulunduğu ülkede konsolosluk bulunmaması veya vize işlemlerinin konsolosluk üzerinden gerçekleştirilememesi, -Yabancıların veya Türkiye'deki eşi ve yakın akrabalarının hastalığı, ölümü veya kaza gibi mücbir sebeplerinin bulunması, -Yabancıların geri gönderilmesinde sağlık durumu yönünden risk görüldüğünün ilgili birimlerce bildirilmesi, -Yabancıların ulusal ve uluslararası bilimsel, ekonomik, kültürel ve ticarî etkinliklere katılmak amacıyla gelmesi, -Deniz limanlarına gelen ticarî gemi mürettebatının ülkesine veya başka bir ülkeye devam etme veya aynı limanda başka bir gemiye katılma zorunluluğunun ortaya çıkması, -Yabancıya sınır kapısında vize verilmesine ihtiyaç duyulduğunun kamu kurum ve kuruluşları tarafından bildirilmesi.
- 31 YUKK Yönetmeliği md. 11/1 uyarınca, yabancıların Türkiye'ye geliş amaçları dikkate alınmak suretiyle verilebilecek vize türleri şöyle sıralanmıştır: turizm vizesi, transit vize, havalimanı transit vizesi, eğitim vizesi, çalışma vizesi, resmî görev vizesi, diğer vizeler.
- 32 Ekşi, s. 82.
- 33 YUKK md. 7'de ülkeye girişine izin verilmeyecek yabancılar şöyle sıralanmıştır: -Pasaportu, pasaport yerine geçen belgesi, vizesi veya ikamet ya da çalışma izni olmayanlar ile bu belgeleri veya izinleri hileli yollarla edindiği veya sahte olduğu anlaşılanlar (md. 7/1-a), -Vize, vize muafiyeti veya ikamet izin süresinin bitiminden itibaren en az altmış gün süreli pasaport veya pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar (md. 7/1-b), -YUKK md. 15/1 kapsamında kendisine vize verilmeyecek olanlar (md. 7/1-c).
- 34 YUKK md. 9/1'de Türkiye dışında olup da kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından Türkiye'ye girmesinde sakınca görülen yabancıların ülkeye girişinin Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından yasaklanabileceği öngörülmüştür. YUKK md. 9/2'de ise Türkiye'den sınır dışı edilmiş yabancıların Türkiye'ye girişine Göç İdaresi Genel Müdürlüğü veya valilikler tarafından giriş yasağı getirilmesi zorunluluğuna işaret edilmiştir.

ve olarak, ikamet bakımından da bazı şartların yerine getirilmiş olması, TVK md. 15'in öngördüğü Türk kanunlarına uygun olarak Türkiye'de oturmanın tespiti açısından zaruridir. Türkiye'de ikamet etmek isteyen bir yabancı, Pasaport Kanunu ve YUKK'un öngördüğü ülkeye yasal giriş şartlarına sahip olmak birlikte; kural olarak ikamet izni almak ve ikamet edilecek yere ilişkin mevzuatta öngörülen sınırlamalara uymak zorundadır. Buna göre, Türkiye'de ikamet edilebilecek yerlere ilişkin yabancılara sınırlama getiren kanun hükümlerine riayet etmek şartıyla³⁵, Türkiye'de vizenin veya vize muafiyetinin tanıdığı süreden ya da doksan günden fazla kalma niyetinde olan yabancılar, YUKK md. 20 kapsamında ikamet izninden muaf olmadığı sürece³⁶ ikamet izni almak zorundadır. YUKK md. 19'un öngördüğü ikamet izinleri, kanunda sınırlı sayıda belirlenmiştir. YUKK md. 30'a göre ikamet izni çeşitleri, kısa dönem ikamet izni, aile ikamet izni, öğrenci ikamet izni, uzun dönem ikamet izni, insanî ikamet izni ve insan ticareti mağduru ikamet izni şeklinde ayrıma tâbi tutulmuştur³⁷.

b. İkamet İzni Çeşidinin İkamet Şartının Sağlanmasına Etkisi

Türk vatandaşlığının yetkili makam kararıyla genel yoldan kazanılmasında aranan "başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıllık ikamet" şartının sağlanmasında, yabancıların TVK md. 15 uyarınca Türk

35 Yabancıların Türkiye'de belli bir yerde ikametine yasak getirilebilir. Örneğin 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu (RG. 22.12.1981-17552) uyarınca, birinci derecede askerî yasak bölgede yabancıların ikamet etmeleri yasak olup (md. 7/b), geçici olarak bölgeye girmeleri ve oturmaları Genel Kurmay Başkanlığı'nın iznine tâbidir (md. 7/c). İkinci derecede askerî yasak bölgelere ise yabancıların girmesi, oturması, çalışması, taşınmaz mal kiralaması ancak izin almak suretiyle mümkündür (md. 9). Benzer şekilde, 442 sayılı Köy Kanunu (RG. 07.04.1924-68) md. 88'de yabancıların köylerde ikamet edebilmesi İçişleri Bakanlığının iznine tâbi tutulmuştur. Konu hakkında bkz. Çelikel, Aysel & Öztekin Gelgel, Günseli (2015) Yabancılar Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Beta, s. 94-95.

36 YUKK md. 20/1 uyarınca şu yabancılar, ikamet izninden muaf tutulurlar: -Doksan güne kadar vizeyle veya vizeden muaf olarak gelenler (vize süresi veya vize muafiyeti süresince), -Vatansız kişi kimlik belgesi sahipleri, -Türkiye'de görevli diplomasi ve konsolosluk memurları, -Türkiye'de görevli diplomasi ve konsolosluk memurlarının ailelerinden Dışişleri Bakanlığınca bildirilenler, -Uluslararası kuruluşların Türkiye'deki temsilciliklerinde çalışan ve statüleri anlaşmalarla belirlenmiş olanlar, -Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu anlaşmalarla ikamet izninden muaf tutulanlar, -TVK md. 28 kapsamında olanlar, -YUKK md. 69/7 gereği uluslararası koruma kayıt belgesi, md. 76/1 gereği uluslararası koruma başvuru sahibi kimlik belgesi ve md. 83/1 gereği uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgesi olanlar. YUKK Yönetmeliği md. 20/1 ise YUKK'un ikamet izninden muaf tuttuğu yabancılara şu kişileri de ilave etmiştir: -Türkiye'de yerleşik yabancı misyonlarda geçici bir süreyle görevlendirilip pasaportuna, Dışişleri Bakanlığı tarafından en fazla altı ay süreli ikamet izninden muafiyet sağlayan geçici görev şerhi tatbik edilenler, -Çalışma iznine veya çalışma izni muafiyet teyit belgesine sahip olanlar, -İskân Kanunu kapsamında göçmen belgesi sahibi olanlar, -Geçici koruma kimlik belgesi sahibi olanlar. İkamet izninden muafiyet konusu hakkında ayrıca bkz. Çiçekli, s. 97-98

37 İkamet izni çeşitleri hakkında ayrıntılı olarak bkz. Ekşi, s. 93-101; Çelikel / Öztekin Gelgel, s. 98-106; Çiçekli, s. 102-108.

kanunlarına uygun şekilde Türkiye’de oturması zorunludur. Bununla birlikte, yabancının ikamet şartını sağlayıp sağlamadığında ikamet izni belgesi belirleyici olmaktadır³⁸.

TVK Yönetmeliği md. 17/1-ğ, başvuru anında geçerli bir ikamet izni belgesi bulunmasına ilave olarak, ikamet izni belgesinin vatandaşlık başvuru işlemlerinin sonuçlanmasına yetecek süre ile geçerliliğini koruyor olmasını da şart koşmaktadır. Bir diğer ifadeyle, vatandaşlık başvurusunun neticelendirilmesi için yeterli geçerlilik süresinin kalmadığı değerlendirilen kişilerin başvuruları reddedilecektir³⁹.

TVK md. 11/1-b’de Türkiye’de hangi amaçla ikamet edilmesi gerektiğine ilişkin bir belirleme yapılmamıştır⁴⁰. Ancak TVK Yönetmeliği md. 16/2-c’de Türkiye’de yerleşme niyetini göstermeyen; sığınma veya iltica başvuru sahibi, sığınmacı, öğrenim, turistik, öğrenim gören çocuğuna refakat, tedavi gibi amaçlarla ikamete bağlandığı anlaşılan kişilerin vatandaşlık başvurularının kabul olunmayacağı öngörülmesi, adı geçen amaçlarla Türkiye’de ikametinin, TVK md. 11/1-b’ye esas alınabilecek türden bir ikamet olmadığı sonucuna vardırılmaktadır⁴¹. Bu sonuca TVK Yönetmeliği md. 71/1-ç’nin, md. 16/2-c’deki

38 Güngör (2014), s. 80.

39 Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü de TVK ile ilgili yayımladığı açıklamada yeterli geçerlilik süresinin uygulamada başvuru tarihinden ileriye doğru en az üç ay olarak aranacağını ifade etmiştir: www.nvi.gov.tr/Mevzuat_5901_Formlar.html (s.e.t. 12.03.2016). Buna karşın vatandaşlık başvurusu matbu formunda bu süre altı ay olarak yer almaktadır. Tespit için bkz. Güngör (2014), s. 82, dn. 305.

40 TVK md. 11’in gerekçesinde ise “yabancıların yasal ikamet izni olmaksızın veya yasal izni olmakla birlikte Türkiye’de yerleşme niyetini göstermeyen geçici sığınma, öğrenim gibi nedenlerle Türkiye’de bulunmaları vatandaşlığa alınma işlemi bakımından geçerli ikamet kabul edilmeyecektir” hükmüne yer verilerek suretiyle ikametinin “yerleşme niyetiyle oturan yer” olarak anlaşılmasına müsait bir tespit yapılmıştır. TVK md. 11’in gerekçesinin kanun metnini aşan bir içeriğe sahip olduğu yönünde eleştiriler için ayrıca bkz. Tanrıbilir, F. Bilge (2008) ‘Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri’, TBBD, S: 75, s. 37. TVK’nın Uygulanmasına İlişkin Açıklamanın 2.1.1 maddesinin b bendinde hangi amaçla ikamet edenlerin ikametinin vatandaşlık kazanmaya esas teşkil etmeyeceğine ilişkin olumsuz bir hüküm bulunmamakla birlikte, aynı düzenlemenin 2.1.2 maddesinin c bendinde yasal ikamet izni olmaksızın veya yasal olmakla birlikte Türkiye’de yerleşme niyetini göstermeyen öğrenim, geçici barınma, turistik seyahat, öğrenim gören çocuğuna refakat, iltica talebi tetkik edilen yabancı, tedavi amacı gibi nedenlerle ikamete bağlandığı anlaşılan kişilerin vatandaşlık başvurularının kabul edilmeyeceği öngörülmektedir. TVK’nın Uygulanmasına İlişkin Açıklama için bkz. www.nvi.gov.tr (s.e.t. 16.03.2016).

41 Mülga 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahati Hakkında Kanunun (YİSHK) (RG. 24.07.1950-7564) yürürlükte olduğu zamanda “ikamet tezkeresi” şeklinde anılan “ikamet izni” YUKK’un aksine çeşitlendirilmemiştir. Yabancılar, Türkiye’deki ikamet amaçları doğrultusunda ikamet tezkeresi alabilmekte idi. Buna göre, bir yabancı Türkiye’ye çalışmak için gelecekte YİSHK md. 3/2 gereğince çalışma amaçlı ikamet tezkeresi, öğrenim görmek üzere gelecekte Türkiye’de Öğrenim Gören Yabancı Uyruklu Öğrencilere

Türkiye’de yerleşme niyetini göstermeyen kişilerden saydığı yabancılar ile diplomatik veya konsüller ayrıcalıklı bağımsızlık sağlayan yabancı misyon personeli kimlik kartlarıyla Türkiye’de ikamet eden yabancıların ikametini TVK md. 11/1-b’nin öngördüğü anlamda geçerli ikametten saymayan düzenlemesinden de ulaşılabilmektedir⁴².

TVK Yönetmeliğinin ikamet şartına ilişkin bu düzenlemelerinde, yabancının ikametinin, Türkiye’de yerleşme niyetini gösteren ve göstermeyen ikamet şeklinde ikiye ayrıldığı söylenebilir. Bu bağlamda, yabancının Türkiye’de yerleşme niyetini göstermediği varsayılan bazı ikamet sebepleri, vatan-daşlığın genel yoldan kazanılmasına esas olacak geçerli ikametten sayılmamaktadır. Buna göre, Türkiye’de ikamet, TVK Yönetmeliği md. 16/2-c ve md. 71/1-ç’nin yerleşme niyeti ile ikamet kriteri gereğince YUKK’ta sayılan ikamet izni çeşitlerinden yalnızca uzun dönem ikamet izni veya aile ikamet iznine sahip yabancıların sağlayabileceği bir şart özelliği göstermektedir⁴³. YUKK’ta düzenlenen diğer ikamet izni çeşitleri ise, TVK md. 11/1-b’nin öngördüğü Türkiye’de ikamet şartının sağlanmasına elverişli değildir. Zira TVK Yönetmeliği md. 16/2-c’de örnek mahiyette sayılan yerleşme niyetini göstermediği varsayılan “sığınma veya iltica başvurusu”, “sığınmacı”, “öğrenim”, “turistik”, “öğrenim gören çocuğa refakat”, “tedavi” gibi amaçlarla gerçekleşen ikamet hâlleri YUKK’a uyarlanarak yorumlandığında, söz konusu ikamet izni dayanakları uzun dönem ikamet izni ve aile ikamet izni kapsamı dışında kalmaktadır⁴⁴. Örneğin Türkiye’de tedavi görecektir veya turizm amaçlı kalacak bir yabancıya kısa dönem ikamet izni verilebilir (YUKK md. 31). Yabancının öğrenim görme amacıyla Türkiye’de bulunması ihtimalinde ise kendisine öğrenci ikamet izni verilmesi gerekecektir (YUKK md. 38). Başka bir örnekte, yabancının uluslararası koruma kapsamında şartlı mülteci başvurusu yapması ihtimalinde, ilk iltica ülkesi veya güvenli üçüncü ülkeye geri gönderilmesi işlemlerinin

İlişkin Yönetmelik (RG. 30.04.1985) gereğince öğrenim amaçlı ikamet tezkeresi almak zorunda idi. Bunun yanında, düzenleyici işlemler gerekçe gösterilerek Türkiye’de uzun süre kalacak yabancılara verilen ikamet tezkeresi, Türk vatandaşı ile evli olan yabancılara verilen ikamet tezkeresi, Türk vatandaşı anne ya da babasına bağlı olarak küçüklere verilen ikamet tezkeresi, turizm amaçlı ikamet tezkeresi, tedavi amaçlı ikamet tezkeresi gibi çeşitli adlarla yabancılara ikamet tezkeresi verilmekte idi. İkamet tezkeresine ilişkin çeşitlendirmeler için bkz. İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü’nün 01.04.2004 tarih ve 2004/68 sayılı Hizmet Genelgesi. Konu hakkında ayrıca bkz. Özbek Hadimoğlu, Nimet (2012) ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında Yer Alan İkamet İzni Türleri ile Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun Olağan Telsik Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Aranan İkamet Şartı Arasında İlişki’, TBBD, C: 102, s. 157.

42 Mülga TVK Yönetmeliğinde ise bu şekilde bazı ikamet amaçlarının vatandaşlık başvurusunda esas alınamayacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

43 Aynı yönde bkz. Doğan, s. 68.

44 Aynı yönde bkz. Özbek Hadimoğlu (2012), s. 166.

devamı süresince kendisine insanî ikamet izni verilmesi söz konusu olabilecektir (YUKK md. 46).

İkamet izninden muafiyet sağlayan belge sahiplerinin Türkiye'deki ikametinin TVK md. 11/1-b anlamında geçerli ikametten sayılıp sayılmayacağı, üzerinde durulması gereken bir konudur. YUKK md. 20/1 uyarınca bazı yabancılar ikamet izni almaksızın Türkiye'de kalabilirler⁴⁵. Ancak TVK Yönetmeliği md. 16/2-c ve md. 71/1-ç'nin Türkiye'de beş yıl ikamet etme şartını yasal ikamet iznine bağlı tutan açık düzenlemesi karşısında, ikamet izninden muaf tutulan yabancıların genel yoldan vatandaşlık başvurusunda bulunma hakkı bulunmadığı söylenebilir. Nitekim YUKK Yönetmeliği md. 20/4 de, vatansızlar ve uluslararası koruma statüsü sahipleri dışında, ikamet izninden muaf tutulan yabancıların Türkiye'de kalışlarına esas teşkil eden belge ve izinlerle ikamet izninden muaf olarak geçirdikleri sürelerin, ikamet izin sürelerinin toplamına dâhil edilmeyeceğini öngörmektedir.

Geçerli çalışma izninin ikamet izni sayılmasına ilişkin YUKK md. 27/1'deki düzenleme karşısında, çalışma iznine sahip bir yabancı'nın Türkiye'deki ikametinin TVK md. 11/1-b çerçevesinde genel yoldan vatandaşlık başvurusuna etkisi, üzerinde durulması gereken bir diğer konudur. Buna göre, geçerli çalışma izni ile 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun⁴⁶ (YÇİHK) md. 10'un öngördüğü çalışma izni muafiyet teyit belgesi, ikamet izni yerine geçmektedir. Kanun koyucu, ikamet izni çeşitleri arasında çalışma amaçlı olarak alınabilecek bir ikamet izni çeşidi öngörmemekle beraber, YUKK md. 27/1'de çalışma izni ve çalışma izninden muafiyet sağlayan çalışma izni muafiyet teyit belgesini, geçerli olmaları koşuluyla ikamet izninden saymıştır. Dolayısıyla, çalışma iznine veya çalışma izni muafiyet teyit belgesine sahip bir yabancı, ayrıca ikamet izni almaya gerek kalmaksızın Türkiye'de yasal ikamet hakkına kavuşmuş olur. Bu anlamda, TVK Yönetmeliği md. 16/2-c ve md. 71/1-ç'nin öngördüğü geçerli ikamet olarak esas alınamayan ikamet amaçları arasında çalışma amacından bahsedilmemiştir. Aksine "çalışma iznine tâbi olarak bir işyerinde çalışmak", TVK Yönetmeliği md. 15/1-c'de yabancı'nın Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini gösteren davranışlar arasında sayılmıştır. Bu gerekçeyle, bir yabancı'nın uzun dönem ikamet iznine veya aile ikamet izni sahip olması gibi, geçerli bir çalışma iznine veya çalışma izni muafiyet teyit belgesine sahip olması durumunda da Türkiye'deki ikametinin genel yoldan vatandaşlık kazanmada esas alınması zorunludur⁴⁷.

Görüldüğü gibi, uzun dönem ikamet izni ve aile ikamet izni dışında diğer ikamet izni çeşitleriyle veya çalışma izni ve çalışma izni muafiyet teyit

45 İkamet izninden muaf tutulan yabancılar için bkz. dn. 36.

46 RG. 06.03.2003-25040.

47 Konu hakkında ayrıca bkz. Özbek Hadimoğlu (2012), s. 166.

belgesi olmaksızın Türkiye’de ikamet eden yabancıların yetkili makam kararıyla genel yoldan vatandaşlık başvuruları, ikamet süreleri beş yılı aşsa dahi, geçerli ikamete sahip olmadıkları gerekçesiyle reddolunur. Buna karşın, TVK Yönetmeliği md. 71/1-d, “turistik amaçlı ikamet tezkeresi ile Türkiye’de bulunanlar” hariç Türk vatandaşlığının kazanılmasında kabul edilmeyen ikamet nedenleri ile Türkiye’de bulunan kişinin sonradan geçerli sayılan bir nedenle ikamete bağlanması hâlinde önceki ikamet sürelerinin de hesaba katılacağını öngörmektedir⁴⁸. Bir başka deyişle, kanun koyucunun geçerli ikametten saymadığı için genel yoldan vatandaşlık başvurusunun reddine gerekçe teşkil eden ikamet çeşitlerinden biriyle Türkiye’de geçen süre, yabancıların TVK Yönetmeliği md. 71/1-ç’ye uygun şekilde geçerli bir ikamet sebebiyle Türkiye’deki ikametini sürdürmesi ihtimalinde, turizm amaçlı ikamet hariç olmak üzere, ikamet süresinin hesabına dâhil edilecektir. Buna göre, uzun dönem ikamet izni veya aile ikamet izni dışında kalan ikamet izni çeşitlerinden birine bağlı olarak Türkiye’de ikamet eden bir yabancıların, genel yoldan vatandaşlık kazanması mümkün olmayacaktır. Ancak aynı yabancı, Türkiye’de ikametini yasal şekilde sürdürürken uzun dönem ikamet izni⁴⁹ veya aile ikamet izninden⁵⁰ birine geçiş yaparak sürdürmeye devam ederse, hem genel yoldan vatandaşlık kazanma başvurusunda bulunma hakkı elde etmiş olacak hem de turizm

48 YUKK md. 29/1’de de yabancıların ikamet izninin verilmesine esas olan gerekçenin sona ermesi veya farklı bir gerekçenin ortaya çıkması hâlinde yeni kalış amacına uygun ikamet izni talebinde bulunulabileceğine işaret edilmiştir. İkamet izinleri arasındaki geçişlere ilişkin usul ve esaslar ise YUKK Yönetmeliği md. 26’da düzenlenmiştir.

49 YUKK md. 42/1’de İçişleri Bakanlığının onayıyla Valilikler tarafından uzun dönem ikamet izni verilebilecek yabancılar, Türkiye’de kesintisiz en az sekiz yıl ikamet izniyle kalmış olanlar veya Göç Politikaları Kurulu’nun belirlediği şartlara uyanlar şeklinde belirlenmiştir. Buna karşın, YUKK md. 42/2 gereğince, mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri ile insanî ikamet izni sahiplerine ve geçici koruma sağlananlara uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı tanınmamıştır. YUKK md. 43/1 uyarınca, bir yabancı, kesintisiz en az sekiz yıl ikamet izniyle Türkiye’de kalmış olmak, son üç yıl içinde sosyal yardım almamış olmak, kendisi veya varsa ailesinin geçimini sağlayacak yeterli ve düzenli gelir kaynağına sahip olmak, geçerli sağlık sigortasına sahip olmak, kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehdit oluşturmamak şartlarına sahipse, kendisine uzun dönem ikamet izni verilebilir. Ancak YUKK md. 43/2’de, yabancıya, Göç Politikaları Kurulu’nun belirlediği şartlara sahip olması nedeniyle uzun dönem ikamet izni verilmesinin uygun görülmesi durumunda, söz konusu şartlardan yalnızca kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehdit oluşturmamak şartının aranacağı hükme bağlanmıştır.

50 Yabancılar, aile ikamet izni alabilmek için YUKK md. 35/1’de öngörülen şartları taşıyan destekleyici adı verilen Türk vatandaşı veya çıkma izniyle Türk vatandaşlığını kaybetmiş yabancı ya da en az bir yıldır ikamet iznine sahip bir yabancı yahut da mülteci veya ikincil koruma statüsü sahiplerinden birinin yabancı eşi, ergin olmayan yabancı çocuğu, bağımlı yabancı çocuğu, eşinin ergin olmayan yabancı çocuğu, eşinin bağımlı yabancı çocuğu olduğunu gösteren bilgi ve belgeleri ibraz etmek zorunda oldukları gibi, destekleyicisi ile birlikte yaşadıklarını veya yaşama niyeti taşıdıklarını ortaya koymak, evliliklerini aile ikamet izni alabilmek amacıyla yapmamış olmak, eşlerden her biri için on sekiz yaşını doldurmuş olmak ve Türkiye’ye girişlerine izin verilmeyecek yabancılardan olmamak şartlarını da haiz olmak zorundadır (YUKK md. 35/3).

amaçlı kalış gerekçesiyle verilen kısa dönem ikamet izni hariç, uzun dönem ikamet izni veya aile ikamet iznine geçiş öncesinde diğer ikamet izinlerine bağlı olarak gerçekleşen ikamet de ikamet süresinin hesabında dikkate alınacaktır⁵¹. Aynı şekilde, uzun dönem ikamet izni veya aile ikamet iznine geçişte olduğu gibi, yabancının çalışma izni veya çalışma izni muafiyet teyit belgesi almak suretiyle Türkiye’de ikametini sürdürmesi ihtimalinde de söz konusu belgelerin alınmasından önceki ikamet de vatandaşlık başvurusu kapsamında esas alınacak ikametten sayılacaktır.

c. İkamet Süresi ve Sürenin Hesaplanması

TVK md. 11/1-b gereğince, yetkili makam kararıyla genel yoldan vatandaşlık kazanma başvurusunda bulunacak yabancının Türkiye’deki ikametinin başvuru tarihinde kesintisiz beş yıl⁵² doldurması şarttır. Bu bakımdan, vatandaşlık başvurusu tarihinde Türkiye’de beş yıl ikamet süresi henüz tamamlanmamış olmakla birlikte, başvurunun sonuçlandırılmasına ilişkin kararın verildiği tarihe kadar sürenin doldurulmuş olması, ikamet şartının yerine getirildiği anlamına gelecektir⁵³.

- 51 Uzun dönem ikamet izninin verilebilmesi için yerine getirilmesi gereken Türkiye’de geçerli ikamet izniyle en az sekiz yıl ikamet süresinin hesabı önem arz etmektedir. YUKK md. 42/2’nin mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri ile insanî ikamet izni sahiplerine ve geçici koruma sağlananlara uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı tanımayacağını öngören düzenlemesi de göz önünde bulundurulduğunda kısa dönem ikamet izni, aile ikamet izni, öğrenci ikamet izni ile Türkiye’de geçirilen ikamet süresi, sekiz yıllık sürenin hesabına dâhil edilecektir. Bununla birlikte, YUKK md. 28/1’de öngörülen ikamette kesinti hâli ikamet süresinin hesabında belirleyici olmaktadır. Buna göre, zorunlu kamu hizmeti, eğitim ve sağlık nedenleri hariç, bir yılda toplam altı ayı geçen veya son beş yıl içinde toplam bir yılı aşan Türkiye dışında kalışlar, ikamette kesintiye yol açacağından, ikamet süresinde kesinti olanların ikamet izni başvurularında veya başka bir ikamet iznine geçişlerinde önceki izin süreleri hesaba katılmaz. Ayrıca, kesintisiz ikamet süresinin hesaplanmasında öğrenci ikamet izinlerinin yarısının, diğer ikamet izinlerinin ise tamamının sayılacağı hükme bağlanmıştır (md. 28/2). Bu bağlamda, YUKK Yönetmeliği md. 25/4’de de çalışma izni ve çalışma izni muafiyet teyit belgesi süreleri, ikamet izni sürelerinin hesaplanmasında toplam süreye dâhil edilecektir. YUKK Yönetmeliği md. 38/2’de ayrıca, çalışma izni alan öğrencilerin çalışma izni sürelerinin tamamının ikamet izni süreleri toplamına dâhil edileceği, aynı dönem için geçerli olan öğrenci ikamet izni sürelerinin ise bu hesaplama dâhil edilmeyeceği ifade edilmiştir.
- 52 Mülga 1312 sayılı TVK md. 5’de yetkili makam kararıyla genel yoldan Türk vatandaşlığının kazanılmasında da beş yıllık ikamet şartı aranmakta idi. Konu hakkında bkz. Berki, Osman Fazıl (1963) Devlet Hususî Hukuku- Tâbiyet ve Yabancılar Hukuku-C:1, 6. Baskı, Ankara, s. 77; Aynı şekilde mülga 403 sayılı TVK md. 6’da da beş yıllık ikamet, sağlanması gereken şartlardan biri olarak sayılmakta idi. Konu hakkında bkz. Uluocak, Nihal Erdener (1968) Türk Vatandaşlık Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 45.
- 53 Danıştay, bir kararında, vatandaşlığa alınma başvurusu makul sürede sonuçlandırılmamış kişinin vatandaşlığa alınma talebinin reddini konu edinen işlemin tarihi itibarıyla beş yıllık ikamet süresinin tamamlanmış olmasını yeterli görmüştür. Danıştay 10. Dairesinin 29.04.2009 tarihli ve E.2006/1678, K. 2009/3553 sayılı kararı hakkında bkz. <http://www.kazanci.com> (s.e.t. 12.02.2016).

İkamet süresinin hesaplanmasında TVK md. 15 ve bu maddenin ayrıntılı açıklamasını yapan TVK Yönetmeliği md. 71 belirleyicidir. İkamet süresinin hesaplanmasında yabancının sahip olduğu ikamet izni esas alınmaktadır. Zira TVK Yönetmeliği md. 71/1-a uyarınca, yabancının Türkiye’de ne kadar süre ile ikamet ettiği il emniyet müdürlüğünce verilen ikamet izni ve Türkiye’ye giriş ve çıkış tarihlerini gösteren belge ile belirlenmektedir.

Yabancının ikametinin kesintisiz olması, hayatın olağan akışı doğrultusunda beş yıllık süre boyunca hiçbir surette yurt dışına çıkılamayacağı anlamında yorumlanamaz⁵⁴. Yabancının Türkiye’de asgarî beş yıllık ikamet süresi içinde yurt dışına çıkmasının Türkiye’deki ikametine etkisi, TVK md. 15, TVK Yönetmeliği md. 71/1-b ve md. 71/1-c’de düzenlenmiştir. Gerek TVK md. 15’te gerekse TVK Yönetmeliği md. 71/1-b’de, vatandaşlık kazanma başvurusunda bulunan yabancının beş yıllık ikamet süresi içinde toplam altı ayı geçmemek üzere Türkiye dışında bulunmasının ikamette kesintiye yol açmayacağı, Türkiye dışında geçirilen bu sürelerin beş yıllık ikamet süresi içinde değerlendirileceği hükme bağlanmıştır⁵⁵. Buna karşın, yabancının Türkiye dışında geçirdiği sürenin toplamının altı ayı aşması ihtimalinde, Türkiye’deki ikamet süresinin kesileceği, bu tarihten önceki ikamet sürelerinin dikkate alınamayacağı, TVK Yönetmeliği md. 71/1-c’de ayrıca ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere, TVK md. 11/1-b’nin aradığı Türkiye’de kesintisiz beş yıllık ikamet şartının tespitinde, bu süre içinde yurt dışında geçirilen sürenin Türkiye’deki ikamette kesintiye yol açıp açmayacağına altı aylık süre belirleyici olmaktadır. Buna göre, yabancının bir seferde veya farklı zamanlarda yurt dışında geçirdiği toplam sürenin altı ayı aşması hâlinde ikamet süresi kesilecektir. Bu hâlde, ikamet süresinin kesildiği tarih, geri çevrilen başvuru bakımından değil, sonraki başvuru bakımından önemlidir. Zira yabancının sonradan yapacağı yeni bir vatandaşlık başvurusunda yine başvuru tarihinden geriye doğru kesintisiz beş yıl Türkiye’de ikamet şartı aranacağından, altı ayı aşmayan yurt dışında kalışlar yine aynı hesaplamalara tâbi tutulacaktır⁵⁶. Bu bakımdan ikamet süresinin işlemeye başlayacağı tarih, kesintinin gerçekleştiği an olarak kabul edilmektedir.

54 Turhan, Turgut&Tanrıbilir, F. Bilge (2010) Vatandaşlık Hukuku Ders Notları, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 57.

55 Mülga 403 sayılı TVK md. 9/1’de ise yabancının toplam altı geçmemek şartıyla Türkiye dışında bulunmasının ikamet süresini kesmeyeceği, ancak Türkiye dışında geçirilen zamanın ikamet süresinden sayılmayacağı öngörülmekte idi: Uluocak, s. 46.

56 Güngör (2014), s. 83.

C. TÜRKİYE'DE YERLEŞMEYE KARAR VERİLDİĞİNİN DAVRANIŞLARLA TEYİT ŞARTI

1. Yerleşme Kararının Tespiti

Yetkili makam kararıyla genel yoldan vatandaşlığı kazanılmasında aranan şartlardan biri de yabancıların Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit etmesidir. TVK md. 11/1-c'de düzenlenen bu şart, yabancıların Türk toplumuna uyum sağladığını tespit edebilmek amacıyla aranmaktadır⁵⁷. Başka bir ifadeyle, bu şartla, yabancıların devlete vatandaşlık bağı ile bağlanma iradesinin geçici bir arzu olmadığı teyit edilmektedir⁵⁸.

Yabancıların Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışlarıyla teyit etmesi, vatandaşlık başvurusu tarihinde dikkate alınması gereken bir şarttır. Yabancıların Türkiye'de yerleşmeye karar verdiği, ancak buna işaret eden davranışlarıyla tespit edilebilir⁵⁹. Kanun koyucu TVK md. 11/1-c'de yabancıların Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışlarıyla teyit etmesi bağlamında nelerin bu tespit için yeterli olacağına ilişkin bir hükme yer vermemiştir. Bununla birlikte, TVK Yönetmeliği md. 15/1-c'de bazı davranışlar, yabancıların Türkiye'de yerleşme niyetini gösteren karineler olarak sıralanmıştır⁶⁰. Buna göre, Türkiye'de taşınmaz mal edinmek, iş kurmak, yatırım yapmak, ticaret ve iş merkezini Türkiye'ye nakletmek, çalışma iznine tâbi olarak bir işyerinde çalışmak ve benzeri davranışlarla teyit etmiş olmak veya Türk vatandaşı ile evlenmek, ailece müracaat etmek, daha önce Türk vatandaşlığını kazanmış olan ana, baba, kardeş ya da çocuk sahibi olmak veya eğitimi Türkiye'de tamamlamak gibi bir takım davranış ve fiiller, yabancıların Türkiye'de yerleşme niyetine karine olarak kabul edilmiştir⁶¹.

Bir yabancıların TVK Yönetmeliği md. 15/1-c'de sayılan sebeplerden herhangi birine dayanması, Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğinin ispatı için yeterlidir. Zira sayılan her bir durum, yabancıların Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğine karine teşkil eder⁶². Örneğin, Türkiye'de taşınmaz mal satın alan bir yabancı, Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini teyit etmiş kabul edilecektir. Buna karşın, doktrinde de ifade edildiği üzere, TVK Yönetmeliği md. 15/1-

57 Doğan, s. 68; Nomer, s. 84.

58 Erdem, s. 120.

59 Nomer, s. 84.

60 Erdem, s. 120; Doğan, s. 68; Turhan / Tanrıbilir, s. 58-59.

61 Mülga TVK Yönetmeliği (RG. 01.07.1964-11742) md. 10/2-c'de ise, yalnızca taşınmaz mal edinmek, evlenmek, ticaret ve iş merkezini başka memleketten Türkiye'ye nakletmek, sermaye yatırımı yapmak gibi davranışlar, söz konusu şartın teyidi bakımından öngörülmüştü.

62 Doğan, s. 69.

çde sayılan hâller, her koşulda yabancıнын yerleşme niyetine sahip olduğunu göstermeyebilir⁶³. Nitekim bir yabancı, sırf yatırım maksatlı olarak Türkiye’de taşınmaz mal satın alabilir. Bununla birlikte, gelecekte değerinin artacağı düşüncesiyle bir işyeri satın alan yabancıнын da, TVK Yönetmeliği md. 15/1-c’nin açık lafzı karşısında Türkiye’de yerleşme kararına sahip olma şartını kural olarak sağladığı varsayılacaktır. İlave olarak, TVK Yönetmeliği md. 15/1-c’de yabancıнын Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini gösterdiği kabul edilen sebepler sınırlı sayıda öngörülmediğinden, başka sebeplere dayanılarak da ispat yoluna gidilebilir⁶⁴.

TVK Yönetmeliği md. 15/1-c’de yabancıнын Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini gösteren örnek bazı sebepler sayılmakla birlikte, aynı yönetmeliğin bir başka maddesinde yabancıнын Türkiye’de yerleşme niyetini göstermediği varsayılan bazı ikamet sebeplerine işaret edilmiştir. TVK Yönetmeliği md. 16/2-c uyarınca, yasal ikamet izni olmaksızın veya yasal olmakla birlikte Türkiye’de yerleşme niyetini göstermeyen sığınma veya iltica başvuru sahibi, sığınmacı, öğrenim, turistik, öğrenim gören çocuğuna refakat, tedavi gibi amaçlarla ikamete bağlandığı anlaşılan yabancıların vatandaşlık başvurusu kabul edilemez. TVK Yönetmeliği md. 15/1-c ve md. 16/2-c birlikte yorumlandığında bir yabancı, yetkili makam kararıyla genel yoldan vatandaşlık kazanma başvurusu yaptığında, TVK md. 11/1-c’de aranan Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit etme şartını TVK Yönetmeliği md. 15/1-c’de sayılan sebeplere dayanabileceği gibi, başka sebepleri de gerekçe olarak gösterebilecektir. Ancak yabancıнын TVK Yönetmeliği md. 16/2-c uyarınca yasal ikamet izninin olmaması yahut uzun dönem ikamet izni, aile ikamet izni, çalışma izni ya da çalışma izni muafiyet teyit belgesi haricinde bir belgeye dayanarak yasal ikamete bağlanması hâllerinde Türkiye’de yerleşme niyetine sahip olmadığı varsayılacağından, TVK Yönetmeliği md. 15/1-c’de sayılan ya da sayılmayan bir sebebe dayanarak Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini ispatlaması da mümkün olamayacaktır. Bu noktada belirtilmelidir ki, yabancıнын Türkiye’de ikameti için gerekli olan, kural olarak ülkeye giriş anında sahip olduğu ve ülkedeki ikamet amacını da gösteren ikamet izninin, kişinin Türkiye’de yerleşme niyetine sahip olup olmadığı konusunda salt belirleyici unsur olarak kabul edilmesi kanuna aykırıdır⁶⁵. Kanaatimizce önemli olan, vatandaşlık başvurusu anında yasal ikamet izni çeşitlerinden birine sahip olarak kesintisiz beş yıl sü-

63 Güngör (2014), s. 85; Bu doğrultuda doktrinde bir görüş, TVK Yönetmeliği md. 15/1-c’nin yabancıнын Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini teyit eden davranışlar olarak gördüğü söz konusu sebeplerin, kesin irade belirtileri olarak kabul edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir: Nomer, s. 84.

64 Doğan, s. 69; Turhan / Tanrıbilir, s. 59.

65 Aynı yönde bkz. Güngör (2014), s. 82.

reyle Türkiye’de ikamet eden yabancıнын, yine vatandaşlık başvurusu yaptığı tarihte Türkiye’de yerleşme niyetini bir şekilde ispat ederek somutlaştırmasıdır.

2. İkamet-Yerleşme Kararı İlişkisi

Bir yabancıнын Türk vatandaşlığını yetkili makam kararıyla genel yoldan kazanabilmesi için gerekli olan “Türkiye’de asgari beş yıllık kesintisiz ikamet” ve “Türkiye’de yerleşmeye karar verildiğinin davranışlarla teyit edilmesi”, TVK md. 11’de birbirinden bağımsız iki zorunlu şart olarak düzenlenmiştir⁶⁶. Bu bakımdan her iki şartın, vatandaşlık başvurusunun yapıldığı tarihte ayrı ayrı değerlendirilmek suretiyle yabancı tarafından sağlanıp sağlanmadığının tespiti gerekir⁶⁷.

Yabancıya Türkiye’de kesintisiz en az beş yıllık ikamet etmesinden bağımsız olarak Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit etmesinin de şart koşulması, kanunî dayanağı bulunması sebebiyle Anayasa md. 66/3’da öngörülen kanunilik ilkesine uygundur. Bununla birlikte, TVK Yönetmeliğinin ikamet şartıyla ilgili bazı düzenlemelerinde yabancıнын ikametini yerleşme niyetine bağladığı görülmektedir. Başka bir ifadeyle, kanunilik ilkesine aykırı şekilde, ikamet şartının tespitinde yerleşme niyetinin bulunmadığına karine teşkil eden bazı durumlar sayılmak suretiyle, vatandaşlığın yetkili makam kararıyla genel yoldan kazanılmasına “yerleşme niyetiyle ikamet” gibi yeni bir şart eklenmiş olmaktadır.

Yukarıda “İkamet İzni Çeşidinin İkamet Şartının Sağlanmasına Etkisi” başlığı altında belirtildiği üzere, vatandaşlık başvurusunda bulunan yabancıнын Türk kanunlarına uygun şekilde kesintisiz beş yıllık ikametinin hangi niyetle gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin TVK’da bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, yabancıнын Türkiye’deki ikametinin hangi amaçla olursa olsun, kesintisiz beş yıllık ikamet süresini kapsamı koşuluyla geçerli bir ikamet iznine dayandırılması, TVK md. 11/1-b bakımından yeterlidir. Bununla birlikte, TVK Yönetmeliğinde yer alan diğer bazı düzenlemelerin Türkiye’de ikamet ve yerleşme kararı şartlarını birbiriyle bağlantılı olarak açıklaması, TVK’daki ikamet kavramını sınırlayan bir içeriğe sahip olduğu gibi, kanunilik ilkesini de açıkça ihlal etmektedir⁶⁸. Örneğin TVK Yönetmeliği md. 18/1-c, İl Emniyet

66 Erdem, s. 119.

67 Her iki şartın kümülatif olarak aranmayacağına ilişkin benzer yönde bir tespit için ayrıca bkz. Özbek Hadimoğlu, Nimet (2010) ‘Yabancı (Uyruklu) Öğrenciler Türk Vatandaşı Olamayacak mı?’, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S: 75-76, s. 280.

68 Nomer, s. 83; Güngör (2014), s. 80.

Müdürlüğünce vatandaşlığın yetkili makam kararıyla genel yoldan kazanılması kapsamında yapılacak soruşturma dosyasına yabancıya hangi amaçla ikamet izninin verildiğine ilişkin tespitlerin de ekleneceği hükme bağlanmıştır. Bu şekilde, Türkiye'deki ikametın dayanağı olan yasal ikamet izninin hangi amaçla verildiğinin de vatandaşlığın kazanılmasında belirleyici olduğu TVK Yönetmeliğinde vurgulanmıştır. Buna göre, TVK Yönetmeliği md. 16/2-c gereğince, ikamet izni bulunan ancak sığınma, iltica, öğrenim, turistik, öğrenim gören çocuğuna refakat, tedavi gibi amaçlarla düzenlenmiş ikamet izni belgelerine sahip yabancıların vatandaşlık başvuruları, yerleşme niyetine sahip olmadıkları gerekçesiyle kabul edilemez. Böylece vatandaşlık başvurusunda, TVK md. 11/1-b'nin aksine TVK Yönetmeliği md. 16/2-c uyarınca “yerleşme niyetiyle ikamet” edildiğini gösteren ikamet izinlerinin varlığı gerekecektir⁶⁹. Başka bir deyişle, TVK md. 15'in açık hükmüne rağmen, Türkiye'de beş yıl ikamet yeterli olmayıp, yabancıların Türkiye'deki bu ikamete yerleşme niyetine sahip olarak başlayıp tamamlaması da şart koşulmuştur. Buna paralel olarak, TVK Yönetmeliği md. 71/1-ç'de de, ikamet, yerleşme niyetini gösteren ve göstermeyen ikamet şeklinde adeta ikiye ayrılmış; yerleşme niyetini göstermediği varsayılan sığınma, iltica, öğrenim, turistik, öğrenim gören çocuğuna refakat, tedavi ile diplomatik veya konsüller ayrıcalıkla bağışıklık sağlayan yabancı misyon personeli kimlik kartlarıyla gerçekleşen resmî görev amaçları, vatandaşlığın yetkili makam kararıyla genel yoldan kazanılması bakımından esas alınmaya elverişli ikametten sayılmayacağı hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte TVK'da konuya ilişkin bir kanunî sınırlama olmamasına karşın ikamet izni belgesinin düzenleme amacının ikamet şartının gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin değerlendirmede etkili olması, yine kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Bu açıklamalardan hareketle, TVK Yönetmeliğinde yer alan düzenlemelerin de etkisiyle yalnızca Türkiye'de yerleşme niyetini gösterdiği varsayılan yasal ikamet izni çeşitlerinden uzun dönem ikamet izni, aile ikamet izni ile ikamet izni yerine geçen çalışma izni veya çalışma izni muafiyet teyit belgelerinden birine sahip bir yabancı, kesintisiz beş yıllık ikamet süresini doldurmak koşuluyla bu yolla vatandaşlık başvurusu yapabilecektir. Aksine kısa dönem ikamet izni, öğrenci ikamet izni, insanî ikamet izni veya insan ticareti mağduru ikamet izni gibi TVK Yönetmeliği md. 16/2-c'nin yerleşme niyetini göstermediği ikamet amaçlarından birine dayanak teşkil edecek ikamet izni çeşitlerinden biriyle ikamet şartının sağlanması mümkün görünmemektedir. Oysa yetkili makam kararı ile genel yoldan vatandaşlık başvurusunda aranan tüm şartlarda olduğu gibi, hem ikamet hem de yerleşme kararına ilişkin şart-

69 Doğan, s. 68.

ların birbirinden bağımsız olarak başvuru tarihinde mevcut olup olmadığının tespiti gerekir. Dolayısıyla, öğrenci veya tedavi amaçlı olarak Türkiye'ye gelen ya da refakatçi olan bir yabancı yasal ikamet iznine sahip olma koşuluyla, başlangıçta Türkiye'de yerleşme niyeti olmasa dahi, yıllar içinde ve özellikle de vatandaşlık başvurusu yaptığı tarihte böyle bir niyetle Türkiye'de yerleşme kararına sahip olabilecektir. Zira TVK md. 15'in yabancının ikametine ilişkin özel düzenlemesi karşısında vatandaşlık başvurusu için yerine getirilmesi gereken ikamet şartında, yabancının Türkiye'de yerleşme niyetine de sahip olması kriteri aranmamaktadır. Bu sebeple, ikamet şartının gerçekleşmesinde yabancının Türkiye'de yerleşme niyetinin bulunup bulunmadığı inceleme konusu yapılamamalıdır. Hâl böyle olmakla birlikte, TVK Yönetmeliği md. 16/2-c hükmü, TVK md. 11/1-c'de ikamet şartından ayrı düzenlenen Türkiye'de yerleşmeye karar verildiğini davranışlarla teyit etme şartını işlevsiz hâle getirmektedir⁷⁰. Gerçekten de ikamet izninin alındığı değil de vatandaşlık başvurusunun yapıldığı tarihte mevcut olup olmadığı tespit edilmesi gereken Türkiye'de yerleşme kararı, TVK Yönetmeliği md. 16/2-c'de yerleşme niyetini gösterdiği varsayılan ikamet izni çeşidine sahip olmaya endekslenmiştir. Bu şekilde, Türkiye'de yerleşmeye karar verildiğinin davranışlarla teyit edilmesi şartı, yetkili makam kararıyla genel yoldan vatandaşlık kazanmanın bir şartı iken, bazı yabancılar için daha vatandaşlık başvurusu bile yapılmayan bir aşamada bu şartın sağlanmadığının öngörülmesi isabetten uzaktır⁷¹.

II. YABANCI ÖĞRENCİLERİN YETKİLİ MAKAM KARARIYLA TÜRK VATANDAŞLIĞINI KAZANMASI

A. TÜRKİYE'DE İKAMET EDEN YABANCI ÖĞRENCİLERİN GENEL YOLDAN VATANDAŞLIK BAŞVURUSU

1. Genel Olarak Yabancı Öğrencilerin Türkiye'de İkameti

Öğrenim görmek üzere Türkiye'ye gelecek ya da Türkiye'de bulunan yabancılar, öğrenim görecekleri ve ikamet edecekleri kurum ve kuruluşların ilgili mevzuatına ve yabancılar hukukuna ilişkin genel mevzuata uymakla mükelleftir⁷². Buna göre, yabancı öğrenciler, öğrenim görecekleri öğretim kurumu için

70 Güngör (2014), s. 81.

71 Tanrıbilir (2008), s. 37.

72 5978 sayılı Yurt Dışı Türkler ve Akraba Topluluklar Başkanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunla (RG. 06.04.2010-27544) yürürlükten kaldırılan 2922 sayılı Türkiye'de Öğrenim Gören Yabancı Uyruklu Öğrencilere İlişkin Kanunda (RG. 19.10.1983-18196) da yabancıların öğrenim hakkıyla ilgili bu mükellefiyetinden bahsedilmekte idi.

öngörülmüş şartları sağlamak koşuluyla, Türkiye'ye giriş ve Türkiye'de ikamet konusunda, milletlerarası sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe Pasaport Kanunu ve YUKK hükümlerine tâbidir.

Türkiye'de öğrenim görecektir yabancılar, Pasaport Kanunu ve YUKK hükümlerine uygun şekilde ülkeye giriş yapması gereğine ilave olarak⁷³, YUKK md. 38 uyarınca öğrenci ikamet izni almakla mükelleftir⁷⁴. Buna göre, Türkiye'de bir yükseköğretim kurumunda ön lisans, lisans, yüksek lisans ya da doktora öğrenimi görecektir yabancılar öğrenci ikamet izni verilir (YUKK md. 38/1). Bakımı ve masrafları gerçek veya tüzel kişi tarafından üstlenilen ilk ve orta derecede öğrenim görecektir yabancılar ise, velilerinin veya yasal temsilcilerinin⁷⁵ muvafakatiyle öğrenimleri süresince birer yıllık sürelerle öğrenci ikamet izni verilebilir (YUKK md. 38/2). Bu noktada belirtilmelidir ki, YUKK md. 34 gereğince, aile ikamet izni sahibi yabancılar, 18 yaşına kadar öğrenci ikamet izni almaksızın ilk ve orta öğretim kurumlarında öğrenim görebilirler. Bir başka ifadeyle, ilk ve orta derecede okullarda öğrenim görebilmesi için yabancıların ya öğrenci ikamet izni alması ya da 18 yaşına kadar geçerli olmak üzere aile ikamet iznine sahip olması gerekir. Ancak 18 yaşını dolduran ve

73 Yabancıların ülkeye yasal girişi hususunda yukarıda yapılan genel açıklamalar, Türkiye'ye öğrenim amacıyla gelecek yabancılar için de kural olarak geçerlidir. Bu kapsamda, vize muafiyeti hâlleri saklı olmak üzere, YUKK Yönetmeliği md. 11/1-ç'de Türkiye'ye eğitim, öğrenim, staj, kurs, öğrenci değişim programı, Türkçe dil kursuna katılma amacıyla gelmek isteyen yabancılar eğitim vizesi verileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, Türkiye'ye öğrenim görmek üzere gelecek yabancılar eğitim vizesi almakla mükelleftir. Hâlihazırda Türkiye'de ikamet eden bir yabancı ise, YUKK md. 13/1-b gereğince Türkiye'ye giriş yapacağı tarih itibarıyla geçerli ikamet iznine sahip olması şartıyla vizeden muaf olacaktır, ayrıca eğitim vizesi almak suretiyle Türkiye'ye giriş yapma şartına tâbi olması da söz konusu değildir. Bununla birlikte, öğrenci ikamet izni almak üzere Türkiye'den başvuru yapılması ihtimalinde ilk ve orta derecede öğretim kurumlarında öğrenim görecektir yabancılar için yine eğitim vizesi alma zorunluluğu bulunmaktadır (YUKK Yönetmeliği md. 35/2).

74 Mülga YİSHK'da ikamet tezkeresi türlerine ilişkin bir çeşitlendirme yapılmamasına rağmen, yabancı öğrencilere mülga Türkiye'de Öğrenim Gören Yabancı Uyruklu Öğrencilere İlişkin Yönetmelik hükümleri çerçevesinde "öğrenim meşruhatlı ikamet tezkeresi" şart koşulmakta idi (md. 3). Söz konusu Yönetmeliğin yürürlükte olduğu dönemde yabancı öğrencilerin Türkiye'deki öğrenimine ilişkin mevzuat hükümlerinin ayrıntılı tahlili için bkz. Sargın, Fügen (1997-1998) "Türkiye'de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye'ye Giriş, Türkiye'de İkamet Etme ve Çalışma Hakları", MHB, Yılmaz Altuğ'a Armağan, S: 1-2, s. 321 vd.

75 Öğrenci ikamet izni, yalnızca Türkiye'de öğrenim gören yabancı öğrencilere verilen bir ikamet izni türüdür. Bu sebeple, YUKK md. 38/3'de de vurgulandığı üzere, yabancı öğrencinin anne ve babası ile diğer yakınları, ikamet izni alma konusunda herhangi bir hakka sahip değildir. Bununla birlikte, YUKK Yönetmeliği md. 35/6, öğrenci ikamet iznini, öğrenciyi, eş ve çocuklarının aile ikamet izni başvurularında destekleyici olabilme hakkı sağlamasına elverişli görmüştür.

hâlen ilk veya ortaöğretim kurumlarında eğitimini sürdüren bir yabancı öğrencinin, öğrenci ikamet izni alma zorunluluğu doğar.

Türkiye’de öğrenim görecekt yabancılara öğrenci ikamet izni alma zorunluluğuna tâbi tutulması kural olmakla birlikte, uluslararası koruma kapsamında bazı istisnalar öngörülmüştür. Bu bağlamda, YUKK Yönetmeliği md. 105/1’de uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişi ve aile üyelerinin ilk ve ortaöğretim kurumlarındaki eğitim hizmetlerinden statülerini gösteren belgelerini ibraz ederek yararlanabilecekleri hükme bağlanmak suretiyle, öğrenci ikamet izninden muafiyet sağlanmıştır. Aynı şekilde, uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahiplerinden, yabancı öğrencilerle ilgili genel hükümler çerçevesinde Türkiye’de ön lisans, lisans, yüksek lisans ya da doktora öğrenimi hakkı elde edenlerin, ayrıca öğrenci ikamet iznine gerek olmaksızın, statülerini gösteren belgeleriyle öğrenim görebilecekleri hükme bağlanmıştır (md. 105/3).

Görüldüğü üzere, ilk ve orta derecede öğrenim ile ön lisans, lisans, yüksek lisans ve doktora öğrenimini Türkiye’de yapacak yabancıların öğrenci ikamet izni ile Türkiye’de ikamet etmeleri, yasal ikamet bakımından kural olarak zorunludur. Bunun yanında, tıp alanında Tıpta Uzmanlık Eğitimi (TUS) ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi (DUS) derecelerinde eğitim görecekt yabancı öğrencilerin de öğrenci ikamet izni alması şarttır⁷⁶. Zira her ne kadar YUKK md. 38’de TUS ve DUS derecelerinde eğitim görecekt yabancılara ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği⁷⁷ md. 14/-ç uyarınca, yabancı öğrencilerin Türkiye’de TUS ve DUS eğitimi alabilmeleri için gerekli olan şartlar arasında Türkiye’de ikametlerine izin verilmiş olması da aranmıştır.

Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar veya öğrenci değişim programları çerçevesinde eğitim veya benzeri amaçlarla Türkiye’ye gelecek yabancılar ise, YUKK md. 31/1-d gereğince kısa dönem ikamet iznine tâbi tutulmuştur. Bu çerçevede örneğin Erasmus+ veya Mevlana gibi karşılıklı öğrenci değişim programlarından birine dayanarak Türkiye’ye gelecek yabancı öğrencinin kısa dönem ikamet izni alması yeterli olacaktır. Bununla birlikte, uygulamada AB Eğitim ve Gençlik Programları (Erasmus + Programlar) kapsamında üniversitelerde öğrenim ya da staj amacıyla ülkemize gelen yabancı öğrencilere de öğrenci ikamet izni verildiği görülmektedir⁷⁸.

76 http://www.goc.gov.tr/icerik3/ikamet-izni-cesitleri_409_414_4664 (s.e.t. 03.03.2016)

77 RG. 26.04.2014-28983.

78 Tespit için bkz. http://www.goc.gov.tr/icerik3/ikamet-izni-cesitleri_409_414_4664 (s.e.t. 03.03.2016).

Türkiye'ye Türkçe öğrenmek amacıyla gelecek yabancıların ise kısa dönem ikamet izni alma şartıyla kurslara katılabilmeleri YUKK md. 31/1-h gereğince zorunludur. Örneğin TÖMER'de verilen Türkçe kurslarına katılmak isteyen bir yabancı, yasal ikamet bakımından kısa dönem ikamet izni alması zorunlu ve yeterlidir⁷⁹.

Özel öğrencilik, açık öğretim ve uzaktan eğitim statüsünde öğrenim görecektir yabancıların durumu, YUKK Yönetmeliği md. 35/14'te ayrıca hükme bağlanmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre, Türkiye'de özel öğrenci olacak ya da açık öğretim veya uzaktan eğitim alacak yabancılara öğrenci ikamet izni verilmez. Böyle bir tercihte, Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalar ya da öğrenci değişim programları kapsamında eğitim görmek üzere veya Türkçe kurslarına katılmak amacıyla ülkemize gelecek yabancılar gibi özel öğrencilik, açık öğretim ve uzaktan eğitim statüsünde öğrenim görecektir yabancıların da Türk yabancılar hukuku sistematüğinde öğrenci olarak vasıflandırılmaması etkili olmuş gözükmektedir.

Öğrenci ikamet izni almak için gerekli olan öğrenci sıfatı taşımaya ilişkin şartın, YUKK md. 39/1-a gereğince "öğrenim türüyle bağlantılı bilgi ve belgeleri ibraz etmek" suretiyle ispatı gerekir. Bunun yanında, yabancı YUKK md. 7'de öngörülen Türkiye'ye girişine izin verilmeyecek yabancılardan olmaması, öğrenci ikamet izni alabilmek için gerekli şartlardan bir başkasıdır (YUKK md. 39/1-b). Son olarak, yabancı öğrencinin Türkiye'de kalacağı adres bilgilerini vermesi de aranan şartlar arasındadır (YUKK md. 39/1-c). Buna karşın, öğrenci ikamet izni için aranan söz konusu şartların yerine getirilmemesi, YUKK md. 40/1-a uyarınca, öğrenci ikamet izni talebinin ret gerekçesidir. İlave olarak, yabancı öğrencinin sürdüremeyeceği konusunda kanıtların ortaya çıkması (YUKK md. 40/1-b), öğrenci ikamet izninin verilmiş amacı dışında kullanıldığının belirlenmesi (YUKK md. 40/1-c), yabancı hakkında geçerli sınır dışı etme kararı alınması veya Türkiye'ye giriş yasağı bulunması (YUKK md. 40/1-ç) hâllerinde de öğrenci ikamet izni talebi reddedilir. Söz konusu ret sebepleri, öğrenci ikamet izni verildikten sonra ortaya çıkmışsa mevcut öğrenci ikamet izni iptal edilir veya süresi uzatılmaz⁸⁰.

Öğrenci ikamet izni, başvurusu Türkiye içinden de yapılabilen bir ikamet izni çeşididir. Zira YUKK md. 21/1'de ikamet izni başvurularının kural olarak yabancı vatan d aşı oldu ğu ya da yasal olarak bulundu ğu ülkedeki

79 Tespit için bkz. http://www.goc.gov.tr/icerik3/ikamet-izni-cesitleri_409_414_4664 (s.e.t. 03.03.2016).

80 Çiçekli, s. 106.

Türk konsolosluklarına yapılacağı öngörülmekle birlikte, YUKK md. 22/1-ç'de yabancı öğrencilerin ikamet izni taleplerinin istisnaî olarak Türkiye'de valiliklere de yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

YUKK md. 38/4'de, öğrenim süresi bir yıldan kısa olan yabancılara verilecek öğrenci ikamet izni süresinin öğrenim süresini aşamayacağı hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde YUKK Yönetmeliğinde de öğrencinin kayıtlı olduğu öğretim kurumundaki öğrenim süresinin bir yıldan kısa olması hâlinde öğrenci ikamet izni süresinin öğrenim süresini aşamayacağı öngörülmüştür (md. 35/7). Bu hükümlerden hareketle, öğrenci ikamet izninin kural olarak bir yıllık sürelerle verilebileceği, ancak öğrenim süresinin bir yıldan az olması durumunda öğrenim süresi boyunca geçerli olacak şekilde öğrenci ikamet izninin verilebileceği sonucuna varılabilir. Bununla birlikte YUKK md. 38/2 bağlamında birer yıllık sürelerle ikamet izni verilmesi yalnızca ilk ve orta derecede öğrenim görecektir yabancılar için geçerli kabul edilmiştir⁸¹. Kanun koyucu Türkiye'de bir yükseköğretim kurumunda ön lisans, lisans, yüksek lisans ya da doktora öğrenimi görecektir yabancılara verilecek ikamet izinleri için bir belirleme yapmamıştır. Ancak bu hâllerde verilecek öğrenci ikamet izninin, ikamet izni başvuru tarihinden itibaren öğrenim programının tamamını kapsayacak şekilde düzenlenebileceği YUKK Yönetmeliği md. 37/2'de ifade edilmiştir⁸². Örneğin yüksek lisans öğrenimi için iki yıllık, doktora öğrenimi için beş yıllık süreli öğrenci ikamet izni verilmesi yoluna gidilmektedir. Buna karşın normal öğrenim süresinde mezun olamayan öğrenciler bakımından sahip oldukları öğrenci ikamet izinleri, en fazla birer yıllık sürelerle ve azamî öğrenim süresini aşmayacak şekilde uzatılır⁸³. Son olarak belirtilmelidir ki, azamî öğrenim süresini doldurduğu hâlde mezun olamayan ve sınavlara girme hakkı dışında öğrencilik haklarından yararlanamayan yabancı öğrenciler, kısa dönem ikamet izni ile Türkiye'deki ikametini sürdürebilirler⁸⁴.

81 YUKK Yönetmeliği md. 37/1 de, ilk ve orta dereceli okullarda öğrenim göreceklere, öğrenime başlanacak tarihten bir sonraki öğretim yılının başlangıcına kadar geçerli olacak şekilde en fazla bir yıla kadar ikamet izni düzenleneceğini hükme bağlamıştır.

82 Uygulamada da ön lisans, lisans, yüksek lisans, doktora öğrenimi görecektir yabancı öğrenciler için yabancı öğrenci tarafından aksi talep edilmedikçe, ilgili öğrenim süresinin tamamını kapsayacak şekilde öğrenci ikamet izni verilmesi söz konusudur: http://www.goc.gov.tr/icerik3/ikamet-izni-cesitleri_409_414_4664 (s.e.t. 03.03.2016).

83 İkamet izninin süresinin dolması durumunda uzatma başvuruları, YUKK md. 24'de düzenlenmiştir. Buna göre, ikamet izni süresinin dolmasına altmış gün kalmasından itibaren ve her koşulda ikamet izni süresi sona ermeden valiliklere uzatma başvurusunda bulunulmalıdır (YUKK md. 24/2). İkamet izni süresinin uzatılması konusunda ayrıca bkz. Çelik/Öztekin Gelgel, s. 106-107.

84 Uygulama örnekleri için bkz. http://www.goc.gov.tr/icerik3/ikamet-izni-cesitleri_409_414_4664 (s.e.t. 03.03.2016)

2. Yabancı Öğrencilerin Genel Yoldan Türk Vatandaşlığını Kazanması

Yukarıda da açıklandığı üzere, bir yabancıнын Türk vatandaşlığını yetkili makam kararıyla genel yoldan kazanabilmesi için, TVK md. 11/1'de sayılan zorunlu şartları yerine getirmesi gerekir. Yabancıнын Türkiye'de öğrenci olması ihtimalinde de aynı şartların sağlanması gerektiğinde şüphe yoktur. Buna göre, vatandaşlık başvurusunda bulunan yabancı öğrencinin ergin ve ayırt etme gücüne sahip olması⁸⁵, başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etmesi, Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit etmesi, genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden bir hastalığı bulunmaması, iyi ahlak sahibi olması, yeteri derecede Türkçe konuşabilmesi, Türkiye'de kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire veya mesleğe sahip olması, milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmaması şartlarını haiz olması gerekir. İlave olarak, TVK md. 11/2 uyarınca, yabancı öğrencinin taşıdığı devlet vatandaşlığından çıkması, Bakanlar Kurulu'nun takdirine bağlı olarak şart koşulabilir.

TVK md. 11 hükümleri dikkate alındığında, yabancıнын öğrenci olup olmamasının vatandaşlığın kazanılması için gerekli şartların sağlanması bakımından kural olarak bir farkı bulunmamaktadır. Kanun koyucunun açık düzenlemesinin aksine, madde gerekçesinde öğrenim amacıyla ikamet, Türkiye'de yerleşme niyetini göstermediği sebebiyle vatandaşlığa alınma işlemi bakımından geçerli ikamet olarak kabul edilmemektedir. Böylece öğrenim amacıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kanunilik ilkesine aykırı şekilde gerekçeyle maddenin kapsamı dışına bırakılmakta ve vatandaşlık başvuruları reddedilmektedir⁸⁶.

85 Yetkili makam kararıyla genel yoldan vatandaşlık başvurusunda bulunan yabancı öğrenci ergin değilse ve/veya ayırt etme gücü bulunmuyorsa, Türk vatandaşlığını kazanamaz. Bu cümleden hareketle, Türkiye'de ilk ve orta öğretim derecesinde öğrenimin genel olarak ilkokul, ortaokul ve lise öğrencilerine bir başka deyişle kural olarak ergin olmayanları kapsamamasından dolayı, bu yolla vatandaşlık kazanmanın çoğunlukla ergin ve ayırt etme gücüne sahip ön lisans, lisans, yüksek lisans, doktora, TUS ve DUS derecelerinde öğrenim görecektir yabancılar için hüküm ifade ettiği söylenebilir. Bununla birlikte, ilk ve orta öğretim derecesinde öğrenim gören küçüklerin bu yolla vatandaşlık kazanmaları mümkün olamamakla birlikte, ana ve/veya babalarının sonradan Türk vatandaşlığını kazanmaları ihtimalinde TVK md. 20/2'de öngörülen şartları sağlayarak onlara bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanmaları mümkündür. Zira TVK md. 20/2'ye göre, ana veya babanın Türk vatandaşlığını kazandığı tarihte velayeti kendisinde bulunan çocukları, diğer eşin muvafakat etmesi hâlinde Türk vatandaşlığını kazanır. Muvafakat verilmemesi hâlinde ana veya babanın mutad meskeninin bulunduğu ülkedeki hâkim kararına göre işlem yapılır. Türk vatandaşlığını birlikte kazanan ana ve babanın çocukları da Türk vatandaşlığını kazanır. TVK md. 20/2 ve TVK Yönetmeliği md. 37'nin konuya ilişkin hükümleri ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Güngör (2014), s. 126-129.

86 Tanrıbilir (2008), s. 37.

TVK md. 11'in açık düzenlemesinin aksine, TVK Yönetmeliğinin bazı hükümlerinin, yabancı öğrencilerin genel yoldan vatandaşlık kazanma bakımından aranan ikamet şartını sağlamalarına engel teşkil ettiği görülmektedir⁸⁷. Zira yukarıda ayrıntıları ile açıklandığı üzere, TVK Yönetmeliği md. 16/2-c'de öğrenim amacıyla ikamete bağlandığı anlaşılan yabancıların ikametinin yerleşme niyetini göstermediği gerekçesiyle vatandaşlık başvurusu yapmaya dayanak teşkil etmediği öngörülmektedir⁸⁸. Zira TVK Yönetmeliğinin söz konusu düzenlemesinde öğrenim amaçlı ikamet "Türkiye'de yerleşme niyetini göstermeyen" ikamet çeşitlerinden biri olarak nitelendirilmiştir. Bu sonuç, uygulamaya da yansımakta; yabancı öğrencilerin genel yoldan vatandaşlık başvuruları, TVK Yönetmeliğindeki bu hükümler esas alınmak suretiyle reddedilmektedir⁸⁹.

87 403 sayılı mülga TVK ve mülga TVK Yönetmeliğinde ise, öğrencilik ne yerleşme niyetini gösteren kriterler arasında sayılmış ne de vatandaşlık başvurusunu engelleyen sebeplerden biri olarak görülmüştür: Aybay, 118.

88 Özbek Hadimoğlu (2010), s. 280.

89 Örneğin Danıştay 10. Dairesi verdiği bir kararda, doğum tarihi 11.12.1990 olan Moldova Cumhuriyeti vatandaşı davacının, TVK md. 11 kapsamında Türk vatandaşlığını kazanmak istemiyle 12.07.2012 tarihinde yaptığı başvurusunun, öğrenim hariç başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etmiş olmak şartını taşımadığı gerekçesiyle idarece reddi yolunda tesis edilen 20.07.2012 tarih ve 40771 sayılı işlemin iptali istemiyle İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nde açılan davada mahkemenin, davacının 29.02.2000 tarihinde Türk vatandaşlığını kazanan annesinden dolayı 403 sayılı mülga TVK md. 7 uyarınca soy bağı esasına göre Türk vatandaşlığını kazandığı yolunda karara varılması gerekirken vatandaşlık başvurusunun reddi yolunda tesis edilen işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yönünde verdiği kararını bozmuştur. Danıştay'ın söz konusu kararında, idarenin vatandaşlık başvurusunun reddi kararında da belirtildiği üzere, TVK Yönetmeliği md. 71/1-ç uyarınca davacının Türk vatandaşlığını kazanmak için başvurduğu 12.07.2012 tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz olarak öğrenimde geçirilen süre hariç beş yıl ikamet etmiş olmadığını, bu sebeple davacı tarafından yapılan başvurusunun, davacının ikamet şartını sağlamadığı gerekçesiyle reddi yolunda tesis edilen işlemde hukuka aykırılık, bu işlemi iptal eden mahkeme kararında ise hukuki isabet bulunmamasından dolayı mahkeme kararının bozulması gerektiğine hükmedilmiştir. Kararda ayrıca, davacının 403 sayılı mülga TVK md. 7 uyarınca Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için, Türk vatandaşı ana veya babadan evlilik birliği içinde doğmuş olması gerektiği, oysa davacının annesinin 29.02.2000 tarihinde Türk vatandaşı olduğu, davacının ise annesinin Türk vatandaşı olmasından çok önce 1990 yılında doğduğu dikkate alındığında bu madde hükmü uyarınca Türk vatandaşı olmasının da mümkün olamayacağı açıklanmak suretiyle, yerel mahkemenin, davacının Türk vatandaşlığını 403 sayılı mülga TVK md. 7'ye göre kazandığına ilişkin tespitinin de kanuna aykırı olduğu isabetle belirtilmiştir. Bununla birlikte, Danıştay tetkik hâkimi tarafından dosya kapsamında yapılan bir tespit, ikamet şartının belirlenmesinde öğrenim amaçlı olarak geçirilen süre konusunda ikili bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre, vatandaşlık başvurusunda bulunan kişinin annesinin Türk vatandaşı olması ve Türkiye'de ikamet etmesi durumunda annesi ile birlikte ikamet eden kişinin öğrenim gördüğü sürelerin ikamet süresinin hesabında dikkate alınmasına bir engel bulunmadığı, benzer durumda olmayan diğer yabancıların

Görüldüğü üzere, öğrencilik diye ifade edebileceğimiz öğrenim hayatının devamı, bir yabancıların Türkiye’de yerleşmeye karar vermesine engel teşkil eden durumlardan biri olarak kabul edilmektedir. TVK md. 15’in öngördüğü şekilde YUKK md. 38 çerçevesinde verilen öğrenci ikamet izni ile Türkiye’de öğrenimini sürdüren yabancı bir öğrenci, kesintisiz ikamet süresi beş yılı aşsa dahi, yetkili makam kararıyla genel yoldan vatandaşlık kazanamayacaktır. Böyle bir sonuca TVK md. 15’in aksine, yabancıların ikametini de Türk vatandaşının ikameti gibi “yerleşme niyetiyle oturma” şartına bağlayan TVK Yönetmeliği md. 16/2-c gereğince varılmaktadır. Ancak bu şekilde, yönetmelikle ek şart getirilmek suretiyle kanunilik ilkesi ihlal edilmiş olmaktadır. Yetkili makamın, TVK md. 11 gereğince vatandaşlığın kazanılması hususunda kanunî şartların tümünün sağlamasından sonra takdir yetkisi doğrultusunda yabancıların başvurusunu reddetme imkânı bulunmakla birlikte, kanuna uygun şekilde gerçekleştirilen ikamet yönetmelik hükümlerine istinaden vatandaşlık başvurusuna esas alınmaması yukarıda da vurgulandığı üzere kanunilik ilkesi çerçevesinde anayasaya da aykırıdır. Zira ikamet şartının tespitinde TVK md. 15 hükümleri dikkate alındığından yabancı öğrencilerin bu şartı sağlamaları açısından Türk kanunlarına uygun olarak Türkiye’de oturması yeterli sayılmaktadır. Öğrenciliği, yerleşme niyetinin ortaya konmasını mutlak surette engelleyen bir durum olarak görmek, makul bir çözüm değildir⁹⁰. Gerçekten de bir yabancıların öğrenci olmasına karşın, Türkiye’de yerleşme arzusuna sahip olması mümkündür. Öyle ki Türkiye’de öğrenim gören yabancıların birçoğu, özellikle yükseköğrenim için geçerli olmak üzere, öğrenciliği devamında da Türkiye’de çalışma ve yaşama kararı alabilmektedir. Bu sebeple, yabancı öğrenciler, TVK Yönetmeliği md. 15/1-c’deki diğer gerekçelere dayanarak ve hatta yönetmelikte sayılmayan başkaca sebeplerle yerleşme niyetini ispat etmek şartıyla genel yoldan vatandaşlık başvurusunda bulunabilmelidir⁹¹. Örneğin, ya-

öğrenim amacıyla Türkiye’de bulunduğu sürelerin ise ikamet süresinin hesabında dikkate alınmayacağına işaret edilmiştir. Hâlbuki TVK’da açık bir düzenleme bulunmasa da TVK Yönetmeliğinde de bu yönde bir ayırım yapılmamış; yalnızca Türkiye’de öğrenim gören yabancıların ikametinin TVK md. 11/1-b kapsamında ikamet süresine dâhil edilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu sebeple, TVK ve TVK Yönetmeliği düzenlemeleri karşısında bir hukuki dayanağa sahip olmadığından böyle bir ayırımın yapılması da hukuken mümkün değildir. Danıştay 10. Dairesinin 2013/5623 E. ve 2014/2100 K. sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com (s.e.t. 12.01.2016).

90 Doktrinde de öğrenim amacıyla Türkiye’ye gelen yabancıların ikametinin ikametden sayılmamasının hak kaybına sebep olacağına ilişkin bir tespit için ayrıca bkz. Özbek Hadimoğlu (2012), s. 160.

91 Doktrinde de benzer şekilde, Türkiye’de alınan eğitimin türü ne olursa olsun başka faktörlerle desteklenmesi şartıyla hâlin özelliğine göre yabancıların yerleşmeye karar verdiğini gösteren davranışlarının bulunabileceği savunulmaktadır: Güngör (2014), s. 85.

bancı bir öğrencinin hâlihazırda ikametini sürdürdüğü Türkiye’de sahip olduğu bir evi gerekçe göstererek Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini göstermesi mümkündür. Aynı şekilde, yabancı öğrencinin çalışma iznine sahip olarak bir işyerinde çalışması da, yerleşme niyeti şartını sağlamada yeterli olabilecektir⁹². Bu gerekçelerle, TVK md. 11/1 çerçevesinde vatandaşlığın genel yoldan kazanılmasında aranan tüm şartların sağlanması koşuluyla, vatandaşlık başvurusunda bulunan kişinin öğrenci ikamet izni ile ikamet etmesinin bir ret sebebi olarak görülmeden karara varılabilmelidir.

Bu noktada belirtilmelidir ki, yabancı öğrencinin vatandaşlık başvurusunu yaptığı tarihte Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit etmesi, TVK md. 11/1-c gereğince ikametden ayrı bir şart olarak yerine getirilmelidir. Bu doğrultuda, TVK Yönetmeliği md. 15/1-c’de yabancının eğitimini⁹³ Türkiye’de tamamlaması da onun Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini gösteren karineler arasında sayılmıştır⁹⁴. Böylece öğrenim hayatını Türkiye’de tamamlamış bir yabancı olarak vatandaşlık başvurusunda bulunulması hâlinde, başkaca bir sebebe gerek olmaksızın Türkiye’de yerleşmeye karar verildiğinin davranışlarla teyit edilmesi şartı ispat edilmiş sayılacaktır. Bununla birlikte, bir yabancının eğitimini Türkiye’de tamamlaması kendisinin Türkiye’de yerleşme niyetine sahip olduğunun kabulüne yeterli görülmekte iken, hâlen öğrenimini sürdürenlerin vatandaşlık başvurularının yerleşme niyetini ortaya koyan bir ikamete bağlanmamaları gerekçe gösterilerek Türkiye’deki ikamet süresi ne olursa olsun reddedilmesi, açık bir çelişkiye yol açmaktadır⁹⁵. Böylece TVK Yönetmeliği Türkiye’de öğrenimin sürdürüldüğü aşamada yabancının yerleş-

92 YUKK ile getirilen radikal değişikliklerden biri olan yabancı öğrenciler hakkındaki çalışma yasağının kaldırılmasıyla birlikte, yabancı öğrenciler, öğrencilikleri süresince çalışma hakkına kavuşmuşlardır. YUKK md. 41/1’e göre, Türkiye’de öğrenim gören ön lisans, lisans, yüksek lisans ve doktora öğrencileri, çalışma izni almak kaydıyla çalışabilirler. Ancak ön lisans ve lisans öğrencileri için çalışma hakkı, ilk yıldan sonra başlar ve haftada yirmi dört saatten fazla olamaz.

93 Her ne kadar TVK Yönetmeliği md. 15/1-c’de “eğitim” ibaresi tercih edilse de bununla “öğrenim” in kastedildiği kanaatindeyiz. Nitekim doktrinde de eğitimin bir üst kavram olarak öğrenimi de kapsadığına işaret edilmektedir: Güngör (2014), s. 84.

94 Doktrinde bir görüş, TVK Yönetmeliği md. 15/1-c’de yerleşme niyetini gösterdiği öngörülen eğitimin Türkiye’de tamamlanması ile yükseköğrenimin kastedilmiş olabileceğini; vatandaşlık başvurusu yapamayacaklar arasında sayılan yerleşme niyetini göstermediği kabul edilen öğrenim amaçlı olarak düzenlenen ikamet izni sahiplerinin ise dil öğrenme amacı örneğinde olduğu gibi diğer yabancılara işaret etmiş olabileceğini, ancak böyle bir ayrımın dahi TVK Yönetmeliğindeki söz konusu çelişkiyi gideremeyeceğini ifade etmektedir: Güngör (2014), s. 84.

95 Konuya ilişkin aynı yönde bir eleştiri için ayrıca bkz. Özbek Hadimoğlu (2010), s. 275, 280. TVK Yönetmeliği md. 15/1-c’nin md. 16/2-c bakımından doğurduğu çelişki hakkında bkz. Güngör (2014), s. 82, 84.

me niyetine sahip olamayacağı, ancak aynı kişinin öğreniminin sona ermesi durumunda Türkiye'ye yerleşmeye karar verdiği varsayımıyla keskin bir ayırma gitmiştir. Oysa kişinin belli bir ülkede yerleşme niyeti göstermesi farklı koşullara dayanabilmektedir. Örneğin, Türkiye'de öğrenim gören bir üniversite öğrencisi, öğrenci ikamet izni ile ikamet ediyor olsa dahi Türkiye'ye geldikten kısa bir süre sonra gelecekte de Türkiye'de yaşamını sürdürme düşüncesine sahip olmuş olabilir. Salt öğrenim amacıyla ikamet ediyor olmasından dolayı Türkiye'de yerleşme niyetine sahip olamayacağı karinesi koymak doğru değildir. Kanaatimizce kanunilik ilkesine de uygun şekilde, TVK md. 15 uyarınca yabancı öğrencinin Türk kanunlarına uygun şekilde ikametini sürdürüyor olması, TVK md. 11/1-b'de öngörülen ikamet şartının sağlanması açısından yeterli sayılmalıdır. Bununla birlikte, öğrenim hayatı henüz devam ettiğinden yabancı öğrencinin ya TVK Yönetmeliği md. 15/1-c'de öngörülen karinelere dayanması ya da bunlar dışında başka gerekçelerle Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini teyit etmesi gerekecektir. Örneğin yabancı öğrencinin kendisinin ya da onun adına ailesinin Türkiye'de satın aldığı bir ev, Türkiye'de yerleşme niyetine sahip olduğuna karine teşkil eder. Benzer bir örnekte, yabancı öğrencinin çalışma izni alarak bir işyerinde çalışması onun Türkiye'de yerleşme niyetine sahip olduğunu gösteren karineler arasında sayılmıştır. Aynı şekilde, yabancı öğrencinin eşinin Türk vatandaşı olması onun Türkiye'de yerleşme niyetine sahip olduğunu gösterebilir.

Sonuçta, olması gereken bakımından eleştirel açıklamalarımız saklı kalmak üzere, mevcut TVK Yönetmeliğindeki kanunilik ilkesine aykırı düzenlemeler karşısında, yabancı öğrencinin genel yoldan vatandaşlık kazanması mümkün gözükmemektedir. Ancak yabancının öğrenim hayatı sona erdikten sonra ikamet izinlerinin geçişine ilişkin şartları sağlamak koşuluyla YUKK md. 42/2 çerçevesinde uzun dönem ikamet iznine geçmek suretiyle Türkiye'deki ikametini sürdürmesi ihtimalinde, TVK md. 11/1'de aranan diğer şartların da mevcut olması koşuluyla, yetkili makam kararıyla genel yoldan vatandaşlık kazanması önündeki engel kalkacağı gibi, Türkiye'de öğrenci ikamet izniyle geçirilen ikamet süresi, TVK Yönetmeliği md. 71/1-d uyarınca vatandaşlık başvurusuna esas alınacak ikametden sayılacaktır⁹⁶. Buna göre, öğrenci ikamet izni ile ikamet eden yabancıların YUKK md. 43/1'de öngörülen şartları haiz olmak koşuluyla uzun dönem ikamet iznine geçmesinde bir engel bulunmamaktadır⁹⁷. Bununla birlikte, YUKK md. 28/2'de, öğrenci ikamet izninden uzun dönem ikamet iznine geçişte, öğrenci ikamet izniyle geçirilen sürenin yarısı-

96 Düzenlemenin TVK Yönetmeliği md. 15/1-c ile olan çelişmesine ilişkin bir tespit için ayrıca bkz. Güngör (2014), s. 82.

97 YUKK md. 43'de düzenlenen uzun dönem ikamet izninin şartları için bkz. dn. 49.

nın dikkate alınabileceği öngörüldüğünden, Türkiye’de öğrenci ikamet izni ile geçen ikamet süresinin tamamı hesaba dâhil edilemeyecektir.

Yabancıнын öğrenim hayatı sona erdikten sonra ikamet izinlerinin geçişine ilişkin şartları sağlamak koşuluyla aile ikamet iznine geçmek suretiyle Türkiye’deki ikametini sürdürmesi ihtimalinde de, TVK md. 11/1’de aranan diğer şartların mevcut olması şartıyla, yetkili makam kararıyla genel yoldan vatandaşlık kazanması önündeki engel kalkacak; Türkiye’de öğrenci ikamet izniyle geçirilen ikamet süresi, TVK Yönetmeliği md. 71/1-d uyarınca vatandaşlık başvurusuna esas alınacak ikametden sayılacaktır. Buna karşın, söz konusu istisnâ düzenleme, öğrencilerin genel yoldan vatandaşlık kazanma için gerekli ikamet şartını sağlamalarına yine de imkân vermemektedir. Zira bu düzenleme, yabancı öğrencilerin ancak öğrenimlerini tamamlamalarından sonra yapacakları başvurularda, öğrencilikte geçen ikametlerinin beş yıllık ikamet süresine dâhil edilmesine vesile olmaktadır. Bununla birlikte, YUKK Yönetmeliği md. 26/4’de, öğrenci ikamet iznine sahip olan yabancıнын aile ikamet izni alma koşullarının ortaya çıkması hâlinde, kendisine aile ikamet izni düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, yabancı bir öğrenci, YUKK md. 35’de öngörülen şartların sağlanması suretiyle aile ikamet izni almışsa⁹⁸, TVK md. 11/1’deki diğer şartları haiz olmak koşuluyla, hem genel yoldan vatandaşlık kazanma başvurusunda bulunma hakkı elde etmiş olacak hem de turizm amaçlı kalış gerekçesiyle verilen kısa dönem ikamet izni hariç, aile ikamet iznine geçiş öncesinde diğer ikamet izinlerine bağlı olarak gerçekleşen ikamet de ikamet süresinin hesabında dikkate alınacaktır.

Türkiye’de öğrenim gören yabancı öğrencinin aynı zamanda çalışmasının ikamet şartına etkisi, üzerinde durulması gereken bir konudur. Bu bağlamda yabancıнын öğrenci iken çalışması ile öğrenimini tamamlamasından sonra çalışmaya başlaması ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Yabancıнын öğrenciliği devamınca çalışmasını düzenleyen YUKK md. 41/1 uyarınca, Türkiye’de öğrenim gören ön lisans, lisans, yüksek lisans ve doktora öğrencileri, çalışma izni almak kaydıyla çalışabilirler. Buna göre, yükseköğretim derecesinde öğrenim gören yabancılar, çalışma izni almak koşuluyla kanuna uygun şekilde çalışabilirler. Böyle bir ihtimalde yabancı öğrencilerin Türkiye’deki ikametleri, öğrenci ikamet iznine bağlandığından TVK Yönetmeliği md. 16/2-c gereğince genel yoldan vatandaşlık başvurusunda ikamet süresinin hesabına dâhil edilemeyecektir. Ancak çalışma iznine sahip bir yabancıнын, gelecekte bir öğretim kurumunda öğrenci olması ihtimalinde, Türkiye’deki ikamet süresinin genel yoldan vatandaşlık başvurusuna esas alınmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu bağlamda, YUKK Yönetmeliği md. 38/2’de de çalışma izni alan öğren-

98 YUKK md. 35’de düzenlenen aile ikamet izninin şartları için bkz. dn. 50.

cilerin çalışma izni sürelerinin tamamının ikamet izni süreleri toplamına dâhil edileceği, ancak aynı dönem için geçerli olan öğrenci ikamet izni sürelerinin bu hesaplama dâhil edilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Sonuç olarak, YUKK md. 27 gereğince geçerli çalışma izni veya çalışma izni muafiyet teyit belgesi ikamet izni sayılacağından⁹⁹, hâlihazırda Türkiye’de çalışmakta olan bir yabancının öğrenci olması durumunda sahip olduğu çalışma izni geçerli olmak şartıyla, ayrıca ikamet izni almasına da gerek kalmayacaktır¹⁰⁰. Hâl böyle olunca, öğrenci ikamet iznine bağlanan ikamet süresini vatandaşlık başvurusuna esas almayan TVK Yönetmeliği md. 16/2-c hükmünün de olumsuz bir etkisi olmayacaktır.

Öğrenci ikamet iznine sahip bir yabancının öğrenim hayatı sona erdikten sonra uzun dönem ikamet izni veya aile ikamet iznine geçiş sağlayamaması, buna karşın çalışma izni almak suretiyle Türkiye’deki ikametini sürdürmesi ihtimalinde ise, genel yoldan vatandaşlık kazanmada gerekli olan ikamet, TVK Yönetmeliği md. 71/1-d uyarınca öğrenci ikamet izni ile geçmişte geçirilen süre de dâhil olmak üzere hesaplanacaktır. Örneğin öğrenci ikamet izni ile kesintisiz en az beş yıldır Türkiye’de yaşayan bir yabancı, öğrenciliğinin sona ermesinin akabinde çalışma izni almak suretiyle Türkiye’de kalarak ikametini devam ettiriyorsa, öğrenci ikamet izninin sağladığı Türkiye’deki ikamet süresi de çalışma izni aldıktan sonraki ikamet süresine ilave edilecektir.

B. TÜRKİYE’DE İKAMET EDEN YABANCI ÖĞRENCİLERİN YETKİLİ MAKAM KARARIYLA VATANDAŞLIK KAZANMANIN DİĞER YOLLARIYLA BAŞVURUDA BULUNMASI

1. İstisnâî Yoldan Vatandaşlık Kazanma

TVK md. 12 uyarınca, bazı yabancılar, Türk vatandaşlığını millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmamak şartıyla, İçişleri Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu’nun kararı ile kazanabilir. Bu şekilde istisnâî yoldan vatandaşlık kazanmada, yabancının öğrenci olması, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engelleyici bir özellik göstermemesi koşuluyla engel yaratmaz. Zira vatandaşlığın bu yolla kazanılmasında,

99 YUKK Yönetmeliği md. 38/3’de de çalışma izni alan öğrencilerin çalışma izninin geçerli olduğu süre içinde öğrenci ikamet izni alma yükümlülüğünden muaf tutulacağı, ancak yabancının, çalışma izni süresi bittiğinde veya uzatılmadığında öğrenci ikamet izni almak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır.

100 YUKK Yönetmeliği md. 26/6 uyarınca, çalışma iznine sahip olan bir yabancı, öğrenci ikamet izni alabilme koşullarının ortaya çıkması hâlinde, çalışma izni devam edeceği gibi öğrenci ikamet izninin sağladığı haklardan da aynen yararlandırılacaktır.

yabancıların Türkiye’de ikamet etmesi şart koşulmadığından¹⁰¹, ikamet şartının sağlanmasına engel teşkil eden hâllerden biri olarak sayılan öğrenim amacıyla ülkede bulunup bulunmamanın da bir farkı yoktur.

Yabancı bir öğrencinin istisnâî yoldan vatandaşlık kazanmak üzere başvuruda bulunabilmesi, TVK md. 12’nin kendisine vatandaşlık başvuru hakkı tanıdığı yabancı grupları dikkate alındığında zayıf bir ihtimaldir. Kanun koyucu, TVK md. 12’de, taşıdıkları özel nitelikleri nedeniyle bazı yabancıları istisnâî yoldan vatandaşlık kazanabilecek olanlar kapsamına almıştır¹⁰². Buna göre, istisnâî yoldan vatandaşlığın kazanılması başvurusunda bulunabilecek yabancı kişiler, “Türkiye’ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve ilgili bakanlıklarca haklarında gerekçeli teklifte bulunulan kişiler”, “vatandaşlığa alınması zarurî görülen kişiler” ve “göçmen olarak kabul edilen kişiler” olarak sıralanmıştır.

İstisnâî yoldan vatandaşlık kazanma başvurusunda bulunma hakkına sahip ilk yabancı grubu dikkate alındığında, yabancı bir öğrencinin, Türkiye’ye TVK md. 12/1-âda öngörülen çeşitli alanlarda olağanüstü hizmeti geçmiş veya geçeceği düşünülen kişiler arasında yer alması, uygulamadaki örnekler çerçevesinde pek kolay görünmemektedir. Örneğin, Türkiye’de büyük çapta bir işletme kuran yabancı bir sermayedar veya iş adamı, teknolojik alanda bir buluşa imza atan bir bilim adamı ya da sportif alanda Türk sporunun gelişimine ve tanıtımına katkısı olan bir sporcu bu yolla vatandaşlık başvurusunda bulunabilecek yabancılar arasına alınabilir¹⁰³. Buna karşın, bir öğrencinin Türkiye’deki öğrenim hayatı devamınca kendi yetenekleri doğrultusunda geliştirdiği teknolojik bir ürünün bilimsel literatürde ve piyasada ses getirmesi gerekçesiyle bu yolla vatandaşlığa alınması da ihtimal dâhilindedir. Aynı şekilde, müzik alanında gösterdiği yeteneği dikkate alınarak yabancı bir öğrencinin yine bu yolla vatandaşlığa alınması söz konusu olabilir¹⁰⁴. Yine de ülkeye sanayi tesisi getirme ya da çeşitli alanlarda olağanüstü hizmet verme gibi öğrenim hayatını tamamlayarak meslek sahibi olmuş bir yabancıların dahi gerçekleştirmesinin

101 Mülga 403 sayılı TVK’da da istisnâî yoldan vatandaşlık kazanmada ikamet şartı aranmamakta idi (md. 7/1): Aybay, s. 121.

102 Erdem, s. 128.

103 Erdem, s. 129.

104 Ailesiyle birlikte Türkiye’ye sığınan Suriye vatandaşı 16 yaşındaki bir çocuğun, piyano dehası olarak tanınması ve Türkiye’nin müzik alanında tanıtımına katkısı da dikkate alınmak suretiyle 2014 yılında istisnâî yoldan Türk vatandaşlığına alınması bu kapsamda verilebilecek bir örnektir. Bu vatandaşlığa alma kararında çocuğun Rusya’da yapılacak uluslararası yarışmada Türkiye’nin de güçlü bir şekilde temsil edilmesi hedeflenmiş gözükmektedir. Konuya ilişkin gelişmelerle ilgili olarak ayrıca bkz. <http://aa.com.tr/tr/yasam/suriyeden-kacan-genc-piyaniist-turk-vatandasi-oldu/94316> (s.e.t. 25.03.2016).

ve bakanlıkların gerekçeli teklifine konu olmasının olağan olmadığı bu gibi durumların, yabancı öğrenciler için vatandaşlık kazanma bakımından bir dayanak olarak ortaya çıkması kolay değildir¹⁰⁵.

Yabancı öğrencinin, istisnâî yoldan vatandaşlık kazanma başvurusunda bulunma hakkına sahip ikinci yabancı grubu kapsamında “vatandaşlığa alınması zarurî görülen kişiler” den sayılarak vatandaşlık kazanması ihtimali düşünülebilir (TVK md. 12/1-b)¹⁰⁶. Ancak söz konusu yabancıların dayanağı olan zaruret kavramının bizatihi kendi içeriğinin muğlaklığı karşısında, hangi yabancıların kolay yoldan vatandaşlık kazanmasının zarurî görüleceği tartışmalara zemin hazırlamaktadır¹⁰⁷. Öyle ki bir yabancıнын vatandaşlığa alınması konusundaki zaruretin Bakanlar Kurulu’nca ne şekilde tespit edileceği belli olmadığından¹⁰⁸, kararın objektif kriterlere dayandırılması oldukça zordur¹⁰⁹. Aynı şekilde, yetkili makamın aşkın kullanımına müsait olması ve uygulama güçlüğü yaratması da olasıdır¹¹⁰. Bu bakımdan, söz konusu düzenleme, vatandaşlık hukukunda kabul edilen kanunilik ilkesine açıkça aykırılık teşkil eden¹¹¹, idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı denetimini güçleştiren¹¹², tam anlamıyla hikmet-i hükümet anlayışını yansıtan bir içeriği haizdir¹¹³. Mevcut düzenlemeye ilişkin eleştiriler bir yana bırakılacak olursa, bazı yabancı öğrencilerin vatandaşlığa alınması zarurî görülenler kapsamında vatandaşlığa alınması ihtimali yine de vardır. Örneğin ana ve babasının yetkili makam kararıyla genel yoldan Türk vatandaşlığını kazandığı bir ihtimalde, sırf öğrenci olduğu için aynı yoldan vatandaşlık kazanma başvurusu reddedilen bedensel engelli ergin bir yabancı çocuğun vatandaşlık başvurusunun, ailede vatandaşlık birliği sağlama ve engellilerin korunması gerekçeleriyle vatandaşlığa alınması zarurî görülenler kapsamında değerlendirilebileceği kanısındayız.

105 Vatandaşlığa bu yolla başvuruda bulunacak yabancı öğrencilerin tümünün bu tarz hizmetlerde bulunmasının şüpheli olacağına ilişkin benzer yönde bir tespit için bkz. Özbek Hadimoğlu (2012), s. 283.

106 Mülga 403 sayılı TVK md. 7/1-e bu yabancı grubunu “siyasî, idarî veya herhangi bir sebeple vatandaşlığa alınması zarurî görülenler” kapsamına almakta idi: Aybay, s. 123.

107 Doktrinde de bu kategori içine dâhil olacak yabancılar, bir sır olarak nitelendirilmektedir: Erdem, s. 130.

108 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Açıklamada zaruret hâlinin tespitine ilişkin değerlendirmede uluslararası ilişkilerin gerekliliği ve ülkemizin menfaati veya herhangi bir sebebin dikkate alınabileceğine işaret edilmektedir (Paragraf 2.2).

109 Tiryakioğlu, Bilgin ‘Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararıyla Kazanılması’: Doğan, Vahit&Tanrıbilir, F. Bilge&Şit, Banu (Editörler) (2008) Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 86.

110 Güngör (2014), s. 97.

111 Erdem, s. 130.

112 Doğan, s. 81.

113 Nomer, s. 90.

Yabancı öğrencinin, istisnâî yoldan vatandaşlık başvurusunda bulunması ihtimallerinden üçüncüsü, “göçmen olarak kabul edilen kişiler” kapsamında bulunmasıdır¹¹⁴. TVK md. 12/1-c’de göçmen olarak kabul edilen kişilerin tanımı yapılmamıştır. Buna karşın, TVK Yönetmeliği md. 3/1-g’de göçmen, Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup¹¹⁵ yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu hâlde Türkiye’ye gelip İskân Kanunu uyarınca göçmen olarak kabul edilen kişi olarak tanımlanmak suretiyle göç hususunda kaynak teşkil eden İskân Kanunu md. 3/d’de yapılan tanımlamayla yeknesaklık sağlanmıştır. Görüldüğü gibi, göçmen olarak kabul edilen kişilerin İskân Kanunu kapsamında kalan Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı yabancı göçmenlerin olduğu dikkate alınırca, istisnâî yoldan vatandaşlık kazanmak üzere yalnızca Türkiye’de yerleşme amacı olan Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı yabancı öğrencilerin başvuruda bulunabileceği sonucuna varılabilir. Dolayısıyla, Türk soylu olmayan ve Türk kültürüne bağlı olmayan bir yabancı öğrencinin göçmen sıfatıyla bu yolla vatandaşlık başvurusu yapma hakkı bulunmamaktadır. Aynı şekilde, göçmen sıfatı alabilmek için Türkiye’ye yerleşmek amacıyla gelinmesi gerektiğine ilişkin şartın öğrenim görmek üzere Türkiye’ye gelen yabancı öğrenciler için nasıl tespit edileceği, yukarıda konuya ilişkin yapılan genel tartışmalar karşısında önemli bir sorundur. Zira tekrardan ifade edilmelidir ki, TVK Yönetmeliği md. 16/2-c gereğince öğrenim amacıyla ikamete bağlandığı anlaşılanların Türkiye’de yerleşme niyeti göstermediği karine teşkil etmektedir. Bu sebeple, gerek İskân Kanunu gerekse TVK Yönetmeliğinde göçmen kabul edilebilmede yerleşme amacıyla Türkiye’de bulunma şartını da arayan düzenlemeler karşısında, Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı yabancı bir öğrencinin dahi İskân Kanunu kapsamında göçmen kabul edilerek TVK md. 12 uyarınca istisnâî yoldan vatandaşlık başvurusu yapma hakkının bulunmadığı sonucuna varılabilir.

114 Türk hukukunda göçmen olarak kabul edilen kişilerin Türk vatandaşlığını kazanmasına ilişkin diğer bir yol da 5543 sayılı İskân Kanununda (RG. 26.09.2006-26301) öngörülmüştür. Zira İskân Kanunu md. 8/4, TVK tarafından ilga edilmediği için, göçmenlerin İskân Kanununa göre Türk vatandaşlığına alınmaları da mümkün olabilir: Güngör (2014), s. 106-107. Buna göre, İskân Kanunu kapsamında göçmen olarak kabul edilenler, gerekli işlemlerin ilgili kuruluşlarca tamamlanmasından sonra Bakanlar Kurulu kararıyla vatandaşlığa alınırlar: Öztürk Yılmaz, Necla (2007) ‘5543 Sayılı İskân Kanunu Hükümleri Uyarınca Türk Vatandaşlığının Kazanılması’, TBBD, S: 68, s. 258-261.

115 İskân Kanunu md. 7/1 uyarınca, Türk soyundan olmanın ve Türk kültürüne bağlılığın tayin ve tespiti, ilgili Bakanlıkların görüşü alınarak Dışişleri Bakanlığı’nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile yapılır. Uygulamada İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü’nün Türk Soylu Yabancılara Kimlik Verilmesi Hakkında 2006/19 sayılı Genelge ile göçmen sıfatıyla başvuruda bulunan yabancıların vatandaşlığı devletin Konsoloslüğünden Türk soylu olduğuna ilişkin belge getirmesi istendiğine ilişkin bir tespit için bkz. Güngör (2014), s. 104.

2. Yeniden Vatandaşlık Kazanma

Kanun koyucu, daha önce Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan bazı yabancıların Türk vatandaşlığını yeniden kazanabilmeleri için ayrı bir vatandaşlık kazanma yolu öngörmüştür. TVK md. 13-14'de Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması, ikamet şartlı ve ikamet şartsız olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir.

İkamet şartı aranmaksızın vatandaşlığın yeniden kazanılmasında gerekli tek şart, başvuruda bulunan yabancıнын millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hâlinin bulunmamasıdır¹¹⁶. Bu sebeple, bu yolla vatandaşlık başvurusunda bulunan yabancıнын öğrenci olmasının kural olarak engelleyici bir yönü bulunmamaktadır. Zira genel yoldan vatandaşlığın kazanılmasında öğrenim amacıyla Türkiye'de bulunmayı ikamet şartının sağlanması bakımından engelleyici bir hâl olarak gören hüküm, ikamet şartsız vatandaşlığın yeniden kazanılmasında dikkate alınmamaktadır. Bununla birlikte, bu yolla vatandaşlık kazanma başvurusu yapabilecek yabancılar, TVK md. 13'de sınırlı sayıda sıralanmıştır. Söz konusu başvuru hakkına sahip yabancılar, çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ile ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybedenlerden seçme hakkı kullanmak suretiyle vatandaşlık kazanabilmek için öngörülen süre içinde bu hakkı kullanmayanlardır. İlave olarak TVK md. 43'de, mülga 403 sayılı TVK md. 25/a, ç, d ve e bentleri uyarınca Türk vatandaşlığını kaybetmiş olan kişilerin de ikamet şartı aranmaksızın Türk vatandaşlığını yeniden alınmalarına da imkân verilmiştir. Sonuçta, ikamet şartsız yeniden vatandaşlığın kazanılmasında yabancıнын öğrenci ikamet izni ile ikamet edip etmemesinin bir farkı bulunmamakla birlikte, vatandaşlık başvurusunda bulunabilecekler yalnızca TVK md. 13 ve 43'de sayılan yabancılarla sınırlandırıldığından, yabancı öğrencilerin tümü için bu şekilde kolay yoldan vatandaşlık başvurusunda bulunma imkânı söz konusu olamayacaktır.

TVK md. 14'de düzenlenen ikamet şartına bağlı olarak yeniden Türk vatandaşlığının kazanılması ihtimalinde ise, yabancıнын millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hâlinin bulunmamasına ilave olarak, Türkiye'de başvuru anında¹¹⁷ en az üç yıl ikamet etmesi şartı da aranmaktadır. Bu noktada, genel yoldan vatandaşlık kazanmada ikamet şartının sağlanmasına engel

116 Doğan, s. 80.

117 TVK md. 14'de üç yıl ikamet şartının gerçekleşmesi için hangi andan itibaren sürenin hesaplanacağına ilişkin bir açıklık bulunmamakla birlikte, TVK Yönetmeliği md. 23/1-g uyarınca başvuru anında bu sürenin hesaplanacağı hükme bağlanmıştır. Buna karşın doktrinde aksi yönde bir görüş, TVK md. 14'teki madde metninden hareketle üç yıllık ikamet süresinin hesaplanmasında herhangi bir zamanda üç yıllık ikamet yeterli olacağını savunmaktadır: Nomer, s. 95.

teşkil eden öğrenciliğin burada da aynı akıbeti doğurup doğurmayacağı meselesi gündeme gelecektir. Gerek TVK md. 14'te gerekse ikamet şartlı yeniden vatandaşlığın kazanılması konusunda ayrıntıları düzenleyen TVK Yönetmeliği md. 22/2 ve md. 23/1-g'de konuya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşın, TVK Yönetmeliği md. 71'deki yabancının ikametine ilişkin genel düzenlemenin ikameti şart koşan vatandaşlık kazanma yollarının tümü için geçerli olduğu dikkate alındığında, öğrenim amacıyla alınan ikamet izninin de vatandaşlık başvurusu için geçerli bir ikamet olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin düzenleme karşısında, TVK md. 14 kapsamında kalan¹¹⁸ yabancı öğrencilerin ikamet şartlı yeniden vatandaşlık kazanma başvurusunda bulunma hakkına sahip olmadığı sonucuna varılabilir.

3. Evlenme Yoluyla Vatandaşlık Kazanma

Yabancı bir öğrencinin evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanma başvurusunda bulunabilmesi TVK md. 16 uyarınca mümkündür. Zira Türk vatandaşı ile evlenme sebebiyle vatandaşlık kazanmada Türkiye'de ikamet şartı aranmadığından, öğrenciliği bu şartın sağlanmasında engel olarak gören durumun ortaya çıkması söz konusu değildir. Bununla birlikte, TVK md. 16 uyarınca evlenme yoluyla vatandaşlık kazanmanın bir takım şartları vardır. Buna göre, bir yabancı ile bir Türk vatandaşı arasında 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹¹⁹ (MÖHUK) md. 13'e uygun şekilde yapılan geçerli bir evliliğin¹²⁰ olmasına ilave olarak, bu evliliğin en az üç yıldır sürmesi, başvuru sahibinin aile birliği içinde yaşaması, evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmaması, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâlinin olmaması şartlarının tümünün gerçekleşmesi gerekir¹²¹.

Türk vatandaşı ile yabancı bir öğrencinin evliliğinin TVK md. 16'nın öngördüğü şartları sağlaması¹²² öğrencilik aşamasında sıklıkla görülen bir du-

118 TVK md. 14'e göre Türk vatandaşlığını ikamet şartına bağlı olarak yeniden kazanabilecek olan yabancılar şunlardır: -TVK md. 29 uyarınca Türk vatandaşlığı kaybettirilenler, -TVK md. 34 uyarınca Türk vatandaşlığını seçme hakkı kullanmak suretiyle kaybedenler.

119 RG. 12.12.2007-26728.

120 Evlenmenin, tarafların ehliyeti, şartları ve şekil bakımından MÖHUK'a uygun olarak yapılması hâlinde geçerli olacağı konusunda bkz. Doğan, s. 87, dn. 91; Güngör (2014), s. 114.

121 Nomer, s. 97 vd.

122 Bu noktada özellikle aile birliği içinde yaşama şartının öğrencilik gibi farklı şehirlerde yaşamayı gerektirme ihtimali olan bir durum karşısında nasıl sağlanacağı üzerinde durulması gerekir. Özellikle lisans ve lisansüstü öğretim olmak üzere öğrenim hayatında ilgili öğretim kurumunun bulunduğu şehirde ikamet edilmesi olağan bir durumdur. Örneğin yabancı bir öğrencinin Türk vatandaşı eşiyile birlikte değil de öğrenimi sürdürdüğü başka bir şehirde yaşaması ihtimali söz konusu olabilir. Böyle bir hâlde, aile birliği içinde yaşama

rum olmamakla birlikte; ön lisans, lisans ve özellikle yüksek lisans ve doktora öğrenimi derecelerinde yaş olgusu da dikkate alındığında, “gerçek” bir evliliğin yapılması muhtemeldir. Dolayısıyla, bir Türk vatandaşı ile geçerli bir evlilik yapan yabancı öğrenci, TVK md. 16’daki şartları haiz olmak koşuluyla idarenin takdir yetkisine bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanabilecektir. Buna karşın, öğrenciliğin genel yoldan vatandaşlık kazanma başvurusu yapmaya engel teşkil eden durumu dikkate alındığında, Türk vatandaşı ile evlenme suretiyle söz konusu engelin aşılması, muvazaalı evliliklerin yapılması ihtimalini gündeme getirebilir. Bu çerçevede, evliliğin vatandaşlık kazanma amacıyla yapılmış muvazaalı bir evlilik olarak görülmesi, yabancı öğrenci eşin Türk vatandaşlığını kazanmasını engelleyecektir¹²³.

4. Evlat Edinilme Yoluyla Vatandaşlık Kazanma

Evlat edinilme yoluyla vatandaşlık kazanılması, yabancı öğrencilerin Türk vatandaşlığını yetkili makam kararıyla kazanması çerçevesinde uygulama bulabilecek bir diğer ihtimaldir¹²⁴. TVK md. 17’ye göre, bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilen ergin olmayan kişi, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmamak şartıyla karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanabilir.

Evlat edinilme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasında Türkiye’de ikamet şartı aranmadığından, öğrenim amacıyla Türkiye’de bulunmanın vatandaşlık başvurusunda bulunmada olumsuz bir rolü söz konusu olamaz. Bu bakımdan, ergin olmayan yabancı bir öğrenci, MÖHUK hükümlerine uygun olarak yapılmış¹²⁵ geçerli bir evlat edinme ilişkisi çerçevesinde bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilmişse, vatandaşlık başvurusu üzerine millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil eden bir hâli bulunmaması koşuluyla, İçişleri Bakanlığı’nın kararıyla Türk vatandaşlığını kazanabilecektir. Ne var

şartı fiilen sağlanamamakla birlikte, eşlerin zorlayıcı nedenlerle geçici olarak fiilen birlikte yaşayamaması söz konusu olduğundan, aile olma duygusu sona ermediği sürece bu gibi istisnai hâllerde de ilgili şartın sağlandığının kabulü gerekir: Güngör (2014), s. 117.

123 Erdem, s. 155; Evliliğin aile kurmak amacıyla yapılmış gerçek bir evlilik mi yoksa vatandaşlık kazanma amacıyla yapılmış bir evlilik mi olduğunun tespitinin, TVK Yönetmeliği md. 29/1 ve md. 30/2 uyarınca, Türkiye’den yapılacak başvurularda Vatandaşlık Başvuru İnceleme Komisyonu, yurt dışından yapılacak başvurularda ise konsolosluk işlemlerinden sorumlu muavin konsolos veya daha üst yetkili tarafından yapılacak mülakatın konusu olduğu ifade edilmektedir: Güngör (2014), s. 116.

124 Türk vatandaşlığının TVK md. 17 uyarınca evlat edinilme yoluyla kazanılmasının yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanma yolu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin ayrıntılı tartışma için bkz. Aygül, Musa (2012) ‘Evlat Edinme Yolu ile Vatandaşlığın Kaybedilmesi ve Kazanılması’, TBBD, S: 99, s. 67-69.

125 Doğan, s. 100.

ki, TVK md. 17 gereğince bu yolla vatandaşlık kazanma hakkı, yalnızca ergin olmayan yabancı evlatlıklara tanındığından, ergin öğrencilerin bu bağlamda vatandaşlık kazanmaları mümkün değildir.

SONUÇ

Türkiye’de ikamet eden yabancı öğrenciler, yerleşme niyetini göstermeyen bir amaçla ikamete bağlandıkları gerekçesiyle Türk vatandaşlığını yetkili makam kararıyla genel yoldan kazanamamaktadır. Zira TVK’nın aksine TVK Yönetmeliğinin bazı hükümleri, yabancı öğrencilerin genel yoldan vatandaşlık kazanmasında aranan Türkiye’de kesintisiz beş yıl ikamet şartını sağlamalarına engel teşkil etmektedir. Öyle ki TVK Yönetmeliği md. 16/2-c uyarınca, öğrenim amacıyla ikamete bağlandığı anlaşılan yabancıların ikamet, yerleşme niyeti göstermediği gerekçesiyle vatandaşlık başvurusuna esas teşkil edecek geçerli ikametten sayılmamaktadır. Bu sonuç, uygulamaya da yansımakta, yabancı öğrencilerin genel yoldan vatandaşlık başvuruları, TVK Yönetmeliğindeki söz konusu hükümler gereğince reddedilmektedir. Sonuçta, Türk kanunlarına uygun şekilde öğrenci ikamet izni ile Türkiye’de öğrenimini sürdüren yabancı bir öğrencinin, kesintisiz ikamet süresi beş yılı aşıya dahi, genel yoldan vatandaşlık kazanması mümkün değildir.

TVK md. 15’in yabancının ülkede bulunuş amacını dikkate almaksızın Türk kanunlarına uygun olarak oturmasını ikametten sayan düzenlemesinin aksine, yabancının ikametini Türk vatandaşının ikametini gibi “yerleşme niyetiyle oturma” şartına bağlayan TVK Yönetmeliği md. 16/2-c ile ek şart konulmak suretiyle kanunilik ilkesi ihlal edilmektedir. Kaldı ki öğrenciliği mutlak surette yerleşme niyetinin ortaya çıkmasını engelleyen bir hâl olarak görmek makul bir çözüm değildir. Zira bir yabancının öğrenci olmasına karşın, Türkiye’de yerleşme arzusuna sahip olması mümkündür. Bu sebeple, Türkiye’de kesintisiz en az beş yıldan beri ikamet eden yabancı bir öğrenci, vatandaşlık başvurusu tarihinde Türkiye’de yerleşme niyetine sahip olduğunu da teyit etmek şartıyla genel yoldan vatandaşlık başvurusunda bulunabilmelidir. Buna karşın, TVK Yönetmeliğindeki kanunilik ilkesine aykırı düzenlemeler karşısında, yabancı öğrencinin genel yoldan vatandaşlık kazanması mümkün gözükmemektedir. Ancak yabancının öğrenim hayatı sona erdikten sonra ikamet izinlerinin geçişine ilişkin şartları sağlamak koşuluyla uzun dönem ikamet izni veya aile ikamet iznine geçmek suretiyle Türkiye’deki ikametini sürdürmesi ihtimalinde, genel yoldan vatandaşlık kazanması önündeki engel kalkacağı gibi, Türkiye’de öğrenci ikamet izniyle geçirilen ikamet süresi, TVK Yönetmeliği md. 71/1-d uyarınca vatandaşlık başvurusuna esas alınacak ikametden sayılacaktır. Bu so-

nuç, öğrenci ikamet iznine sahip bir yabancının Türkiye'deki öğrenim hayatı sona erdikten sonra çalışma izni almak suretiyle Türkiye'deki ikametini sürdürmesi ihtimalinde de geçerlidir. Söz konusu istisnai düzenleme, öğrencilerin genel yoldan vatandaşlık kazanma için gerekli ikamet şartını sağlamalarına yine de imkân vermemektedir. Zira bu düzenleme, yabancı öğrencilerin ancak öğrenimlerini tamamlamalarından sonra yapacakları başvurularda, öğrencilikte geçen ikametlerinin beş yıllık ikamet süresine dâhil edilmesini temin etmektedir.

Yabancı öğrencilerin YUKK md. 41/1 uyarınca ön lisans, lisans, yüksek lisans ve doktora öğrenimi sırasında geçerli çalışma izni almak kaydıyla çalışması mümkün olmakla birlikte, Türkiye'deki ikametleri, öğrenci ikamet iznine bağlandığından TVK Yönetmeliği md. 16/2-c gereğince genel yoldan vatandaşlık başvurusunda ikamet süresinin hesabına dâhil edilemeyecektir. Çalışma iznine sahip bir yabancının, gelecekte bir öğretim kurumunda öğrenci olması ihtimalinde ise, Türkiye'deki ikamet süresinin genel yoldan vatandaşlık başvurusuna esas alınmasında herhangi bir engel yoktur. Zira YUKK md. 27 gereğince geçerli çalışma izni veya çalışma izni muafiyet teyit belgesi ikamet izni sayıldığından öğrenci ikamet iznine bağlanan ikamet süresini vatandaşlık başvurusuna esas almayan TVK Yönetmeliği md. 16/2-c hükmünün de olumsuz bir etkisi olmayacaktır.

KAYNAKÇA

Aybay, Rona (2004) *Vatandaşlık Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Aygül, Musa (2012) 'Evlad Edinme Yolu ile Vatandaşlığın Kaybedilmesi ve Kazanılması', *TBBD*, S: 99, s. 45-80.

Berki, Osman Fazıl (1963) *Devlet Hususî Hukuku- Tâbiyet ve Yabancılar Hukuku-C:1*, 6. Baskı, Ankara.

Çelikel, Aysel & Öztekin Gelgel, Günseli (2015) *Yabancılar Hukuku*, 21. Baskı, İstanbul, Beta.

Çiçekli, Bülent (2014) *Yabancılar ve Mülteciler Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.

Doğan, Vahit (2014) *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 12. Baskı, Ankara, Savaş.

Ekşi, Nuray (2015) *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, Beta.

Erdem, B. Bahadır (2013) *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, Beta.

Güngör, Gülin (2014) *Tâbiyet Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Yetkin.

Güngör, Gülin (1997-1998) 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi', *MHB*, S: 1-2, s. 229-250.

Nomer, Ergin (2015) *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 21. Baskı, İstanbul, Filiz.

Özbek Hadimoğlu, Nimet (2012) 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında Yer Alan İkamet İzni Türleri ile Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Olağan Telsik Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Aranılan İkamet Şartı Arasında İlişki', *TBBD*, C: 102, s. 149-172.

Özbek Hadimoğlu, Nimet (2010) 'Yabancı (Uyruklu) Öğrenciler Türk Vatandaşı Olamayacak mı?', *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S: 75-76, s. 271-284.

Öztürk Yılmaz, Necla (2007) '5543 Sayılı İskân Kanunu Hükümleri Uyarınca Türk Vatandaşlığının Kazanılması', *TBBD*, S: 68, s. 241-264.

Sargın, Fügen (1997-1998) 'Türkiye'de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye'ye Giriş, Türkiye'de İkamet Etme ve Çalışma Hakları', *MHB*, Yılmaz Altuğ'a Armağan, S: 1-2, s. 317-354.

Tanrıbilir, F. Bilge 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı': Hailbronner, Kay&Tiryakioğlu, Bilgin&Küçük, Esin&Schneider, Katja (Editörler) (2010) Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, Uluslararası Sempozyum, 1. Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 96-113.

Tanrıbilir, F. Bilge (2008) 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri', TBBD, S: 75, s. 27-62.

Teksoy, Barış (2013) '6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu', AÜHF, C: 62, S: 3, s. 855-906.

Tiryakioğlu, Bilgin 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararıyla Kazanılması': Doğan, Vahit&Tanrıbilir, F. Bilge&Şit, Banu (Editörler) (2008) Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 79-96.

Turhan, Turgut&Tanrıbilir, F. Bilge (2010) Vatandaşlık Hukuku Ders Notları, 1. Baskı, Ankara, Yetkin.

Uluocak, Nihal Erdener (1968) Türk Vatandaşlık Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları.

<http://aa.com.tr/tr/yasam/suriyeden-kacan-genc-piyanist-turk-vatandasi-oldu/94316> (s.e.t. 25.03.2016).

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=166&CM=8&DF=12/04/2014&CL=ENG> (s.e.t. 18.03.2016).

<http://eudo-citizenship.eu/country-profiles/?country=Germany> (s.e.t. 18.03.2016).

<http://eudo-citizenship.eu/country-profiles/?country=Switzerland> (s.e.t. 18.03.2016).

http://www.goc.gov.tr/icerik3/ikamet-izni-cesitleri_409_414_4664 (s.e.t. 03.03.2016)

<http://www.kazanci.com> (s.e.t. 12.02.2016).

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss90.pdf> (s.e.t. 25.03.2016).

[bkz. www.nvi.gov.tr](http://www.nvi.gov.tr) (s.e.t. 16.03.2016).

TEK TARAFLI DEKLARASYON: POLİTİKA VE UYGULAMA*

Arş. Gör. Yavuz Selim DEĞERLİ**

Tek taraflı deklarasyon öyle bir deklarasyondur ki, davalı devlet tarafından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önündeki bir davada, dostane çözüm¹ görüşmelerinin başarısızlığı sonrasında, Mahkemeye sunulabilir. Taraf devlet bu deklarasyonda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü'nün yeni 62A maddesi² gereğince Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlal edildiğini kabul eder ve başvurucuya uygun bir tazminat sağlamayı taahhüt eder.

Tek taraflı deklarasyon uygulaması, 2007 yılından itibaren önemli gelişme kaydetmiştir. Tek taraflı deklarasyona konu olan başvuru sayısı 2007 yılında 30 iken, 2011 yılında bu sayı 692 olmuştur. 2010 yılı Şubat ayında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Geleceği Konulu Interlaken Konferansı'nda, Tek taraflı deklarasyonun önemine, özellikle tekrar (kopya) davaların incelenmesindeki, vurgu yapılmıştır.

* Bu metin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Eylül 2012'de yayınlamış olduğu tek taraflı deklarasyona ilişkin bilgi notunun Fransızca ve İngilizce orijinallerinden çevirisidir. Her iki dildeki orijinal metinler için bkz.

Déclarations unilatérales: politique et pratique, http://www.echr.coe.int/Documents/Unilateral_declarations_FRA.pdf, s.e.t. 13.03.2016

Unilateral declarations: policy and Practice, http://www.echr.coe.int/Documents/Unilateral_declarations_ENG.pdf, s.e.t. 13.03.2016.

** Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

1 Yargılamanın her aşamasında Mahkeme, taraflara dostane çözüme ulaşmayı önerebilir. Dostane çözüm, başvuruyu sonuçlandırma niteliğini haiz taraflar arası bir anlaşmadır. Başvurucunun ve ilgili devletin başvuruyu sonlandırmak üzere anlaşmaya varmaları, genellikle başvurucuya bir miktar para ödenmesiyle sonuçlanır. Dostane çözümün şartları incelendikten sonra, insan haklarına saygının başvurunun incelenmesine devam edilmesini haklı kılmadığı kanaatine varması halinde Mahkeme, başvurunun kayıttan düşürülmesine karar verir. Eğer ulaşılan bir uzlaşma yoksa Mahkeme başvurunun esasını incelemeye devam eder.

2 Bu hüküm 1 Eylül 2012 tarihinde yürürlüğe girer.

Mahkeme, açık ve istikrarlı bir uygulamayı güvence almak adına, bu alandaki uygulamasını derhal gözden geçirmiş ve aşağıdaki temel ilkeleri belirlemiştir:

Her türden dava tek taraflı deklarasyonun konusu olabilir ise de, hassas ya da karmaşık davalar ile ağır insan hakları ihlalleriyle ilgili davalar, Mahkemenin Tahsin Acar³ davasında kurduğu hükümde⁴ kabul ettiği ölçütler ışığında, özel bir titizlik ve dikkatle incelenecektir.

Tek taraflı deklarasyona, genellikle dostane çözüm yönteminin başarısız olması sonrasında müracaat edilecek olup⁵, yargılamanın adil tatmin aşamasında da müracaat edilebilir.

Tek taraflı deklarasyon başvurusu, (dostane çözüm bağlamında yürütülen görüşmelerin gizliliğinin aksine), kamuya açık ve çekişmeli yargılama içinde yapılmalıdır.

Başvurucu yorumlarını, özellikle Mahkemenin ihtilafı çözecek tek taraflı deklarasyonu neden kabul etmemesi gerektiğine ilişkin gerekçelerini, sunması için davet edilir.

Eğer başvuru tek taraflı deklarasyonun hükümlerini tatmin edici bulursa, başvuru, normal bir dostane çözümdeki⁶ gibi kayıttan düşürülür ve icrasına Bakanlar Komitesi nezaret eder.(veya yürütülmesini Bakanlar Komitesi takip eder)

Başvurucu başvurusunun incelenmeye devam edilmesini istese dahi, incelemeye devam edilmesini haklı kılan bir neden olup olmadığına Mahkeme karar verecektir⁷. Bu doğrultuda, Mahkemenin insan haklarına saygının başvurunun incelenmesine devam edilmesini gerekli kılmadığı sonucuna varması halinde, tek taraflı deklarasyonun, tüketici nitelikte olmayan aşağıdaki ölçütleri asgari ölçüde karşılaması gerekir:

Konuya ilişkin yerleşik içtihadın varlığı,

İhlalin niteliğini açıkça ortaya koyacak şekilde, başvuru açısından Sözleşmenin ihlal edildiğinin açık kabulü,

3 Çevirenin notu: Orijinal metinlerdeki Tashin Acar şeklindeki yanlış yazımlar düzeltilerek çevrilmiştir.

4 Tahsin Acar / Türkiye (İlk itiraz), [Büyük Daire], No.26307/95, 06.05.2003.

5 Ayrıca, istisnai olarak, dostane çözüm yöntemi dışında da müracaat edilebilir [tekrar (kopya) davalarda].

6 AİHS, m.39.

7 AİHS, m.37.

Mahkemenin adil tatmin hususundaki yerleşik içtihadıyla uyumlu uygun bir tazminat⁸,

Uygun düşen genel nitelikli taahhütler (yasal veya idari pratikte değişiklik, yeni bir politika sunumu vb.)

İnsan haklarına saygı: Tek taraflı deklarasyonun, Mahkemenin başvurunun incelenmesine devam edilmesini haklı kılan bir neden kalmadığına kanaat getirmesi için yeterli bir temeli sağlaması gerekir.

Mahkeme, tek taraflı deklarasyonu kabul ettiği takdirde, bunu bir kayıttan düşürme kararıyla ya da bir hükümle onaylar. Eğer masraflar ve giderler için herhangi bir meblağ öngörülmemişse⁹, Mahkeme, istisnai olarak, İctüzük m.44/3 gereği bunlara ilişkin bir miktar takdir edebilir.

İcra

Bakanlar Komitesi, Mahkeme kararıyla onaylanan tek taraflı deklarasyonun¹⁰ öngördüğü taahhütlerin yerine getirilmesini takip etmeyi garanti etmez.

Devletin öngörülen bireysel tedbirleri almaması halinde, başvuru, başvurusunun tekrar Mahkeme listesine alınmasını talep edebilir.

Karar, ne bizzat kendisi ne de prensipte, başvuru, mevcut olması muhtemel iç hukuk yollarını takip etme hakkına engel oluşturmaz.

Güncel Tek Taraflı Deklarasyon Örnekleri

Bekerman / Lihtenştayn (no. 15994/10), 29 Kasım 2011: aşırı uzun süreli yargılamanın kabulü ve uygun bir tazminat teklifi içeren tek taraflı deklarasyon: AİHS m.37 temelinde tek taraflı deklarasyonda ifade edilen şikayetle ilgili olarak kayıttan düşürme.

8 “ex gratia”-“(lütf)” teriminin tazminatla ilişkili olarak kullanımı, açık ihlalin kabulü ile tezat olarak değerlendirilmektedir. Başvurucunun dostane çözümü haksız reddi halinde Mahkeme, içtihadıyla geliştirdiği göstergedeki temel meblağdan %10'luk bir indirime gidebilir.

9 ya da öngörülen meblağ, başvuru temsilcilerinin çalışması dikkate alındığında yetersiz kalıyorsa,

10 Deklarasyonda süre sınırına ilişkin bir bulgu yoksa Mahkeme, meblağın ödenmesi gibi bireysel nitelikteki taahhütlerin yerine getirilmesi için üç ay süre tanımaktadır. Bu sürenin aşılması halinde devlet, temerrüt faizi ödemek zorunda kalacaktır.

Liptay / Macaristan (no. 12144/09), 22 Mayıs 2012: aşırı uzun süreli yargılamanın kabulü ve uygun bir tazminat teklifi içeren; başvuru tarafından hükümleri kabul edilmiş tek taraflı deklarasyon: AİHS m.39 temelinde kayıttan düşürme.

Rozhin / Rusya (no. 50098/07), 6 Aralık 2011: adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini kabul eden ancak iç hukuk yolunun yeniden açılması taahhüdünden yoksun tek taraflı deklarasyon: kayıttan düşürme talebinin reddi.

Megadat.com SRL / Moldovya (no. 21151/04), 17 Mayıs 2011: Mahkemenin, adil tatmin sorununu saklı tuttuktan sonra¹¹, devletin adil tatmini düzenlemeye dönük olarak yaptığı tek taraflı deklarasyonu kabul ettiği ilk davadır. Mahkeme, davalı devletin tek taraflı deklarasyona bu aşamada başvurusunu engelleyen herhangi bir neden olmadığı sonucuna varmıştır.

Daha çok örnek için lütfen HUDOC veri tabanına başvurunuz.

11 Çevirenin notu: Sözleşme Sisteminde Mahkeme, hazır olunması halinde, adil tatmine ihlal hükmünde yer vermekte; hazır olunmadığı düşüncesinde ise, ihlal hükmünde kısmen veya tamamen adil tatmini saklı tutmaktadır. Bu halde Mahkeme, sonraki bir zamanda adil tatmini yeni bir hükümle tespit etmektedir (Değerli, Yavuz Selim (2015), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Dava Sonuçlandırma Yöntemleri, Ankara, Adalet, s.146, 147). Nitekim söz konusu davada Mahkeme, Sözleşmenin ihlal edildiğini hüküm altına almış (8 Nisan 2008), söz konusu hükümde adil tatmini saklı tutmuştur.

YAYIN VE YAZIM KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi yılda iki kez yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir.
2. Dergide Türkçe, Almanca, Fransızca ve İngilizce makaleler yayınlanmaktadır.
3. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basılabileceğini kabul ettikleri varsayılır. Bilimsellik ölçütlerine uymadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışları içerdiği tespit edilen yazılar, Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak en az bir ve en çok iki hakem denetiminden geçirilir. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakem tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar hakem denetimine başvurulur. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayınlanması uygun bulunmayan yazılara ait hakem değerlendirme formu yazarına e-posta yoluyla iletilir. Yayınlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
5. Dergiye gönderilen makaleler 3000 kelimedenden az ve 15.000 kelimedenden çok olamaz. Her makalede 150-250 kelime arası özet ve 5-10 kelime arası anahtar kelime bulunmalıdır. Makalenin başlığı, özeti ve anahtar kelimeler ayrıca İngilizce yazılmalıdır.
6. Dergiye gönderilen makaleler daha önce başka bir yerde yayınlanmamış olmalıdır.
7. Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden doğabilecek tüm sorumluluk yazarlarına aittir.
8. Makaleler ybhukukdergisi@ybu.edu.tr adresine e-posta yoluyla gönderilmelidir. Yazarlar; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.
9. Makalelerin yayınlanıp yayınlanmayacağı 1 ay içinde belirlenir ve yazarına e-posta yolu ile bildirilir.

10. Yazılar yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayınlamak da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Yıldırım Beyazıt Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
11. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında; kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu tarafından yapılır.
12. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
13. Yazılar 'Microsoft Word' programında, yazı tipi Times New Roman 12 punto, iki yana yaslı normal stil olmalıdır.
14. Yazı içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÖMÖ BÖYÖK HARF

A. KALIN ve TÖMÖ BÖYÖK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

15. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça aşağıda belirtilen Atıf Kuralları'na uygun olarak yapılmalıdır.
16. Yayınlarımızın resmi web adresi www.ybhukukdergisi.com adresidir.

ATIF KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nde yayınlanacak makaleler aşağıda detayları belirtilen atıf usulüne uygun olarak hazırlanmalıdır.
2. Makalelerde sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır.
3. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir.
4. Özgün bir esere (arşiv belgesi vb.) atıf yapılması gerekiyorsa, tercih edilen yöntem tüm makalede yeknesak şekilde kullanılmalıdır.
5. Bir esere ilk atıf yapıldığı yerde tüm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (Yazarın Soyadı, atıf yapılacak sayfa) gibi bir kısaltma ile atıf sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin yayınlandığı yıl belirtilerek (Yazarın Soyadı (Yıl), atıf yapılacak sayfa) atıf yapılmalıdır.
6. “^” işareti o kaynak türünde konuyla ilgili bir bilgi varsa, ilgili bilginin belirtilmesi gerekliliğini ifade eder.
7. “s.e.t.” ifadesi son erişim tarihini ifade eder.

Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek: Uşan, M.Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2.Baskı, Ankara, Seçkin.

Çoklu yazar durumunda:

Yazarın Soyadı, Adı & 2. Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek: Acer, Yücel & Kaya, İbrahim, (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.

Editörlü Kitap

Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek: Dülger, İbrahim (Editör) (2010) Hukuka Giriş, 4. Bası, Konya, Sayram

Kitap Bölümü

Yazarın Soyadı, Adı, 'Makalenin adı' : Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek: Uşan, M.Fatih, 'İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi' : Aydın, Ufuk; Kocabaş, Fatma (Editörler) (2014) Bireysel İş Hukuku, 1.B, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları.

Çeviri Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı (Yıl) Çeviri Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi).

Örnek: Dworkin, Ronald, (1977) Taking Rights Seriously, 1.Baskı, London, Gerald Duckworth (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi, (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1.Baskı, Ankara, Dost.)

Elektronik Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (^Yıl) Kitap adı <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. TARİH.

Örnek: Demircioğlu, A. Murat, (2010) Labor in law Turkey <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>>s.e.t. 10.08.2015.

Elektronik Kitap Bölümü

Yazarın Soyadı, Adı, 'Makalenin adı': Editörün Soyadı, Adı (^Yıl) Kitap adı <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. TARİH.

Örnek: Kaya, Emir (2015) "Injustice as a Judicial Product: A Problematic Tendency in Legal Thinking and Practice" Erçetin, Şefika Şule; Banerjee, Santo (Eds.) (2013) Chaos, Complexity and Leadership, <http://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-319-09710-7_22>s.e.t. 10.08.2015.

Makale

Soyadı, Adı (YIL), 'Makale adı' Dergi adı, Sayı: ^Cilt; İlk ve Son Sayfa Sayfa Aralığı: .

Örnek: Uşan, M.Fatih, (2008), 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu-İş, S:1, C:10, s.1-48.

Elektronik Makale

Yazarın Soyadı, Adı (^Yıl) 'Makale ismi', ^Dergi adı <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. Tarih.

Örnek: Uşan, M.Fatih, (2003) 'Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı', e-akademi, <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> s.e.t. 28.07.2015

Konferans Tebliği

Yazarın Soyadı, Adı, 'Tebliğin Başlığı', Editörün Soyadı, Adı (Editör), Konferans ismi, Tarih, Yer.

Örnek: Uşan, M.Fatih, 'Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği': Toprak, Ahmet (Editör), 7. Uluslararası İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı, 4-7 Mayıs 2014, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, İstanbul.

Tez

Yazarın Soyadı, Adı (YIL) 'Tez Başlığı', (Türü:Yüksek Lisans-Doktora), Üniversite, Enstitü.

Örnek: Kılınç, Ahmet (2013), 'Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir' (Doktora), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Mahkeme Kararı

^Dava Adı, Mercii, ^Başvuru no, ^E; K; T; ^Kaynak

Örnek 1: Burak Günay Başvurusu (2), AYM, Başvuru No:2013/6218, K.T. 10.6.2015

Örnek 2: Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

İnternet Adresi:

Soyadı, Adı, Mecra, Başlık, <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. Tarih.

Örnek: Uşan, M.Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>>s.e.t. 27.07.2015.

Rapor

Soyadı, Adı, Kurum (Yıl), Başlık, Rapor Adı, ^Rapor No; <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. Tarih.

Örnek: Oğuz, Fuat & Kent, Bülent, İstanbul Ticaret Odası (2011), 'Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler', <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-anayasa-arastirmasi.pdf>, s.e.t. 27.07.2015.

GENERAL SUBMISSION GUIDELINES

1. Yıldırım Beyazıt Law Review is an internationally refereed journal that is published semiannually.
2. The journal publishes articles written in Turkish, German, French and English.
3. It is assumed that authors have reviewed the articles that they submit to the journal and approve their publication as they are. Articles found to be in unconformity with scientific criteria and that include misspellings above the average rate are refused by the Editorial Board.
4. The articles are sent to at least one and, at most, two referees for review, depending on the first decision of the Editorial Board. According to the blind peer-review system, the author's name is removed from the article before sending. Upon the request of a correction report from the referee, the author can only make changes within the framework of the amendment report. The article may be resubmitted to the blind peer review, after the suggested corrections have been made by the author. A second blind peer review is not performed, in the event of a negative report made by the referee. A "Referee Assessment Form" for articles that have not qualified for publication is sent by email to the author of the article. Unpublished articles will not be sent back to the author.
5. Articles that are sent to the journal cannot be shorter than 3,000 or longer than 15,000 words. Each article should include a summary of 150–250 words and between five and 10 keywords. The summary and the keywords should also be written in English.
6. The articles that are submitted to the journal must not have been published elsewhere.
7. The authors are totally responsible for any ideas that might arise from their studies that are published in the journal.
8. Articles should be emailed to ybhukukdergisi@ybu.edu.tr. Authors should notify us about their degree, institution, contact addresses, phone numbers and email addresses.

9. Whether the article is going to be published or not is determined within one month and is announced to authors by email.
10. If the article is accepted for publication, then all broadcasting rights to publish belong to Yıldırım Beyazıt University. Authors are deemed to have accepted the transference of the copyright to the University.
11. Apart from articles that are reviewed and qualified for publication by a referee, the journal also publishes book reviews, legislative assessments and informative remarks. The decision to accept or refuse such submissions is made by the Editorial Board.
12. Studies that are not returned to us from peer review in the due course of time are evaluated for the next issue, unless otherwise stated by the article's author.
13. Articles should be written in the "Microsoft Word" program, in the font type Times New Roman, the font size 12, in the 'Normal' style and with justified alignment.
14. Titles within the text should be organized as follows:
 - I. ALL CAPITAL LETTERS AND BOLD**
 - A. ALL CAPITAL LETTERS BOLD**
 - 1. Only the First Letters Capitalized and All Bold**
 - a. Only the First Letters Capitalized and All Bold**
 - i. Only the First Letters Capitalized and All Bold**
15. The bibliography should be arranged alphabetically, based on the surname of the referenced authors, and should appear at the end of the article. Citations should be shown as footnotes at the bottom of each page. Citations and the bibliography should be organized in conformity with the Rules of Citation.
16. The official web page of our publications is www.ybhukukdergisi.com

RULES OF CITATION

1. The articles that are submitted to Yıldırım Beyazıt Law Review should be written according to the Rules of Citation detailed below.
2. The articles should include footnote citations.
3. Unless there are no rules in this citation system, the OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system must be followed.
4. If it is necessary to refer to an original work (such as archive documents, etc.), the preferred method is that references should appear in a uniform manner throughout the article.
5. All details of the reference should be indicated in the first citation; subsequent citations should appear in an abbreviated form (Author's surname, page cited). If more than one work by the same author has been cited, in order to distinguish between abbreviations, the citation should indicate the year (Author's surname (year), page cited).
6. If there is information regarding the resource's type, the "^" sign refers to the relevant information.
7. The "l.a.d." expression refers to the date on which the source was last accessed by the author.

Book

Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

Example: Uşan, M.Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2.Edition, Ankara, Seçkin.

In case of Multi-author

Author's Surname, Name & 2. Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

Example: Acer, Yücel & Kaya, İbrahim, (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Edition, Ankara, Seçkin.

Edited Book

Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

Example: Dülger, İbrahim (Editor) (2010) Hukuka Giriş, 4. Edition, Konya, Sayram.

Book Section

Author's Surname, Name, 'Article title': Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book title, Edition, City, Publisher.

Example: Uşan, M.Fatih, ' İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi': Aydın, Ufuk; Kocabaş, Fatma (Editors) (2014) Bireysel İş Hukuku, 1. Edition, Eskişehir, Anadolu University Publications.

Translation Book

Author's Surname, Name, (Year), Book's Name, Edition, City, Publisher (Translator: Translator's Surname, Name, (Year), Translation Book's Name, Edition, City, Publisher.)

Example: Dworkin, Ronald, (1977) Taking Rights Seriously, 1.Edition, London, Gerald Duckworth (Translator: Türkba , Ahmet Ulvi, (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1.Edition, Ankara, **Dost.**)

Electronic Books

Author's Surname, Name, (Year), Book's Name, <Internet address> I.a.d. Date.

Example: Demircio lu, A. Murat, (2010), Labor in law Turkey earch.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813"652813 I.a.d. 10.08.2015.

Electronic Book Chapter

Author's Surname, Name, 'Article's Name': Editor's Surname, Name, (Year) Book's Name <Internet address> I.a.d. (last accessed date) Date.

Example: Kaya, Emir, "Injustice as a Judicial Product: Erçetin, Şefika Şule; Banerjee, Santo (2013), A Problematic Tendency in Legal Thinking and Practice" Chaos, Complexity and Leadership, http://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-319-09710-7_22 I.a.d. 10.08.2015.

Article

Surname, Name (Year), 'Article`s Name' Journal`s Name, Issue: Volume; The first and last page range: .

Example: Uşan, M. Fatih, (2008), 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu İş, I:1, V:10, p.1-48.

Electronic Article

Surname, Name (Year), 'Article`s Name' Journal`s Name <Internet address> I.a.d. (last accessed date) Date.

Example: Uşan, M. Fatih, (2003) 'Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı', e-academy, <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> I.a.d. 28.07.2015.

Conference Proceeding

Author`s Surname, Name, "Title of the Annunciation", Editor`s Surname, Name (Editor), Conference Name, Date, Place.

Example: Uşan, M.Fatih, 'Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği' : Toprak, Ahmet (Editor), 7. International Occupational Health and Safety Conference, 4-7 May 2014, Labor and Social Security Ministry - Occupational Health and Safety General Directorate, İstanbul.

Thesis

Author`s Surname, Name (Year) 'Thesis Head' (Type: Masters-Doctorate), University, Institute.

Example: Kılınç, Ahmet (2013), 'Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir' (PhD), Gazi University Institute of Social Sciences.

Court Decision

^Case Name, Mercier, ^Application No, ^E;, K;, T;. ^Citation.

Example 1: Burak Günay Başvurusu (2), AYM, Application No: 2013/6218, K.T. 10.6.2015 **Example 2:** Penal Department No. 2 of The Supreme Court. E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

Web Address

Surname, Name, Authority, Title <Internet address> I.a.d. Date.

Example: Uşan, M.Fatih, Kamu- İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>>, I.a.d. 07/27/2015.

The Report

Surname, Name, Institution (Year), Title, Report Name, ^Report No, <Internet address> I.a.d. Date.

Example: Oğuz, Fuat & Kent, Bülent, İstanbul Chamber of Commerce (2011), "Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler", <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-arastirmasi.pdf-constitution>>, I.a.d. 07/27.