

**Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi**



**Gazi University
Faculty of Law
Review**

Cilt XIX, Temmuz 2015, Sayı 3

Vol. XIX, July 2015, No. 3



**ANKARA
Kasım2015**

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Gazi Üniversitesi Gazi University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. Süleyman BÜYÜKBERBER Prof. Dr. Süleyman BÜYÜKBERBER

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Editor in Chief

Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM

Editörler: Editors :

Doç. Dr. Bülent YAVUZ Assoc. Prof. Dr. Bülent YAVUZ

Yrd. Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM Assist. Prof. Dr. Abdulkerim YILDIRIM

Yrd. Doç. Dr. M. Çelebi CAN Assist. Prof. Dr. M. Çelebi CAN

Editör Yardımcıları Deputy Editors

Arş. Gör. Onurdoğan KARAKAÇ Res. Assist. Onurdoğan KARAKAÇ

Arş. Gör. Özgür GÜVENÇ Res. Assist. Özgür GÜVENÇ

Yayın Kurulu : Editorial Board :

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Assoc. Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri : Secretary of Publication

Günay KANDEMİR Günay KANDEMİR

ISSN-1302-0013

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri:

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE
TEL: +90 312 216 21 51 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.gazi.edu.tr>
e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Konya Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD) **Yayın İlkeleri**

1. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD, ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto- normal stil; dipnotlar Times New Roman-10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
5. Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 100 en çok 200 kelimededen oluşan özetler ve özetlerin yazıldığı dillerde başlık ve beşer anahtar kelime eklenmelidir. Türkçe yazılan makaleler için Türkçe özete ek olarak; İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde daha özet eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dilde yazılan makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde ve Türkçe özetlerin eklenmesi gerekmektedir.
5. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editör kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.
7. Editör kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara makalenin hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler dışında, *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara, yargı kararı*

tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editör kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.

10. Makalenin sonunda, makalede yararlanılan çalışmaların listelendiği kaynakça yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır.

11. Yararlanılan çalışmalar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:

Kitaplar:

SOYAD, Ad: **Eserin Adı**, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl.

Örnek:

AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, II. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Makaleler:

SOYAD, Ad: “Makalenin Başlığı”, **Makalenin Yer Aldığı Eserin Adı**, Cilt No., Sayı No., Makalenin Yer Aldığı Sayfa Aralığı.

Örnek:

AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir.

Örn:

AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

(http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim: 13.06.2010)

Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

Örn:

TUNÇ, Hasan / BİLİR, Faruk / YAVUZ, Bülent, **Türk Anayasa Hukuku**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

12. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. İlk atıfta kaynakçada yer alan tüm bilgiler yer almalıdır. Kaynakçadan farklı olarak, ilk atıfta yazarların adı ve soyadı (Adı SOYADI) şeklinde yazılmalı ve çalışmanın adından (,) ile ayrılmalıdır. Yararlanılan sayfa, künyenin en sonunda yer almalıdır.

Örn:

Rıza AYHAN, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 33.

Aynı çalışmaya daha sonra yapılacak atıflarda

Eserler için: SOYAD, a.g.e., sayfa numarası veya SOYAD, sayfa numarası.

Makaleler için: SOYAD, a.g.m., sayfa numarası veya SOYAD, sayfa numarası.

Örn:

KAPANİ, a.g.e., 21. veya KAPANİ, s.21.

AYHAN, a.g.m., 36. veya AYHAN, s.36.

Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanmış ise, (a.g.e. /a.g.m.) kısaltmaları kullanılmamalıdır. Çalışmaların yapıldığı yıllar farklı ise parantez içerisinde yıl belirtilmelidir. Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayrıt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örn:

GÖZLER, (2010), s. 43.

GÖZLER, Anayasa Hukukunun..., s. 76.

İletişim Adresi:

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah.
Muammer Bostancı Cad. No: 4 (Beşevler Metro
Yakını) Beşevler/ANK.

Tel: (312) 216 21 90

Faks: (312) 215 01 69

http: www.hukuk.gazi.edu.tr

e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr , dergihukuk2013@gmail.com

İ Ç İ N D E K İ L E R

M A K A L E L E R *

Ö Z E L H U K U K

Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Hukuk Seçimi Ashlı Bayata CANYAŞ	3-24
Türk Ticaret Kanunu'nun 864. Maddesi Kapsamında Gönderenin Kusursuz Sorumluluğu Cafer EMİNOĞLU	25-54
Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Yüksek Hakem Kuruluna Başvurma ve Özel Hakeme Başvurma Ekin SÖKMEN GÜLER	55-72
6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler Esen KABAŞ	73-100

K A M U H U K U K U

Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı A. Kürşat ERSÖZ	103-150
Bir İslâm Hukuku Müessesesi Olan Hidâne Hakkının Ve Osmanlı Aile Hukuku'nda Uygulanışının İzmir Şer'iyeye Sicillerinde Yer Alan Bir Karar Örneği Üzerinden İncelenmesi İrem KARAKOÇ	151-206
Barcelona Traction Davası ve Uluslararası Hukuka Etkisi Yasin SÖYLER	207-248
4483 Sayılı Kanunda Öngörülen Ön İnceleme Görevlisinin Yetkileri ve Bu Çerçeve İzin Sisteminin Gerekliliği Hakkında Değerlendirme İlyas ŞAHİN	249-320

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

İçindekiler

Alexis De Tocqueville’e Göre Sivil Toplum Murat TUMAY / Firdevs OKATAN	321-340
Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında “Ne Bis İn İdem” Prensibi Ali Rıza TÖNGÜR	341-354
Hukuk Devleti, Demokrasi ve Anayasacılık Ekseninde Anayasa Yargısı ve Yargısal Aktivizm Semih Batur KAYA	355-402
Bankacılık ve Sermaye Piyasası Suçlarına İlişkin Muhakeme Kuralları Erdi YETKİN	403-434

Gazi University Faculty of Law Review
Vol. XIX July 2015 Number 3

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

<i>Choice of Law in International Divorce Cases</i> Aslı Bayata CANYAŞ	3-24
<i>Strict Liability Of Sender According To Article 864 Of Turkish Commercial Code</i> Cafer EMİNOĞLU	25-54
<i>Application to The High Board of Arbitration and Recourse to Special Arbitration for the Settlement of Collective Labour Disputes</i> Ekin SÖKMEN GÜLER	55-72
<i>Amendments Made Related To The Off-Premises Contracts Law On Consumer Protection Numbered 6502</i> Esen KABAŞ	73-100

PUBLIC LAW

<i>As An Administrative Act Demolition Decision</i> A. Kürşat ERSÖZ	103-150
<i>Analysing The Hidâne Right as a foundation of Islamic Law and The Exercise of This Right in The Ottoman Family Law</i> İrem KARAKOÇ	151-206
<i>The Case Of Barcelona Traction And Its Effect On International Law</i> Yasin SÖYLER	207-248
<i>Investigative Power Of Preliminar Examiner Pursuant To Prosecution Of Public Servant In No; 4483 Code And Evaluation Of Necessity Of Permission System</i> İlyas ŞAHİN	249-320

* Articles are drawn up according to the title and surnames of the authors.

İçindekiler

<i>Civil Society According To Alexis De Tocqueville</i> Murat TUMAY/ Firdevs OKATAN	321-340
<i>The Principle Of “Ne Bis In Idem” In The Light Of The Judgments Of The Court Of Justice Of European Union</i> Ali Rıza TÖNGÜR	341-354
<i>Constitutional Jurisdiction And Judicial Activism In Terms Of Rule Of Law, Pluralistic Democracy And Constitutionalism</i> Semih Batur KAYA	355-402
<i>The Rules Of Criminal Procedure Regarding Banking And Capital Market Crimes</i> Erdi YETKİN	403-434

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

YABANCI UNSURLU BOŞANMA DAVALARINDA HUKUK SEÇİMİ

Aslı Bayata CANYAŞ*

ÖZET

Yabancı unsurlu boşanma davalarında uygulanacak hukukun tespiti konusunda geleneksel olarak, Common law ülkelerinde lex fori'nin uygulanması anlayışı hâkimken; Kıta Avrupası hukuk sisteminde genellikle tâbiyet bağlama noktasından hareket edildiği görülmektedir. Günümüz itibarıyla ise boşanma hukuku alanında hem maddî hukuk alanında hem kanunlar ihtilâfî hukuku alanında daha liberal bir yaklaşımın yeşermeye başladığı gözlemlenmektedir. Maddî hukuk alanında, “yasak olan boşanmanın mümkün hale getirilmesi, boşanmanın koşullarının esnekleştirilmesi, anlaşmalı boşanma” gibi boşanma yanlısı (favor divortii) anlayışlara yer verilmektedir. Kanunlar ihtilâfî hukukunda ise, eşlere, boşanma davasına uygulanacak hukuku seçme imkânının tanınabildiği görülmektedir. Bu şekilde, tarafların kendilerini daha yakın hissettikleri hukukun uygulanabilmesi ve hukukî kesinlik ile öngörülebilirlik amaçlanmaktadır. Bu çalışmada, çeşitli hukuk düzenleri çerçevesinde konu incelendikten sonra, Türk mahkemeleri önünde, yabancı unsurlu boşanma davalarında tarafların hukuk seçme imkânlarının ihtimal dahilinde olup olmadığı tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Boşanma, hukuk seçimi, irade muhtariyeti, uluslararası aile hukuku, kamu düzeni.

CHOICE OF LAW IN INTERNATIONAL DIVORCE CASES

ABSTRACT

While determining the applicable law in international divorce cases, traditionally, application of lex fori is the main principle in Common law countries whereas nationality comes into prominence in Continental law system as a connecting factor. As of today, it might be possible to observe that a more liberal approach is emerging in the area of divorce law both in terms of substantive law and in the conflict of laws. In substantive law, favor divortii approaches such as “enabling divorce which has been previously forbidden, facilitating the conditions of divorce, making divorce possible by mutual agreement” are encountered gradually more. From the conflict of laws perspective, the spouses are granted the right to choose the applicable law to divorce. By this way, application of the law that the parties are most familiar with and legal certainty and predictability are aimed. In this study, after analyzing the subject from the perspectives of different laws, the possibility of choice of law in divorce cases heard before the Turkish courts is to be questioned.

Keywords : Divorce, choice of law, party autonomy, international family law, public policy.

* Yrd. Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk ABD.
Öğreti Üyesi bayata@bilkent.edu.tr

Giriş

Ülke sınırları arasındaki hareketlilik arttıkça, bu hareket hukukun her alanında olduğu gibi aile hukuku alanında da etkisini göstermekte ve “uluslararası” aile hukuku giderek daha büyük önem kazanmaktadır. Örneğin, Avrupa’daki evliliklerin yaklaşık yüzde on beşinin farklı vatandaşlığa sahip kişiler arasında gerçekleştiği görülmektedir¹. Bu evliliklerin yürümediği durumlarda ise yabancı unsurlu boşanma davaları gündeme gelmekte ve boşanmayla birlikte çocukların velayeti, evlilik mallarının bölüşümü, nafaka gibi pek çok sorun ortaya çıkmaktadır².

Bu sorunlardan biri de, boşanma davasının maddî anlamda çözüme ulaştırılabilmesi için öncelikle hangi devlet hukukunun uygulanacağını belirlemesidir. Bu bağlamda, geleneksel anlamda, *Common law* ülkeleri ile Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil ülkelerde birbirinden farklı iki yaklaşımın söz konusu olduğunu söylemek mümkündür³. Yabancı unsurlu boşanma davalarında, *Common law* ülkelerinde, *lex fori*’nin uygulanması anlayışının hâkim olduğu görülmektedir⁴. Kıta Avrupası hukukunda ise daha ziyade Mancini⁵ etkisiyle “tâbiyet” bağlama noktasından hareket edilerek uygulanacak hukuk tespit edilmektedir. *Lex fori*’nin uygulanması yoluyla, zaman ve emek anlamında pratiklik sağlanmak istenirken; “tâbiyet” ise kişisel statüyü ilgilendiren boşanma gibi durumlarda en sıkı ilişkili bağlama noktası olarak görüldüğü için tercih edilebilmektedir⁶.

Bu çerçevede, Kıta Avrupası hukuk sistemi anlayışı içinde yetişmiş bir hukukçu için, yabancı unsurlu boşanma davasında *lex fori*’nin uygulanacak

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. DETHLOFF, Nina, “Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe”, Perspectives for the Unification and Harmonisation in Europe (Ed. Katharina Boele-Woelki), Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2003, s. 37.

² Örneğin, Avrupa Birliğinde her yıl ortalama 170.000 yabancı unsurlu boşanma davasının açıldığı belirtilmektedir: Konu hakkında bkz. FIORINI, Aude, “Rome III-Choice of Law in Divorce: Is the Europeanization of Family Law Going Too Far?”, International Journal of Law, Policy and the Family, 22, 2008, s. 178.

³ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GAERTNER, Veronika, “European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): An Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters Against the Background of Private International Law Developments”, Journal of Private International Law, 2006, C. 2, N. 1, s. 104 vd.

⁴ GAERTNER, s. 104.

⁵ Mancini doktrini hak. bkz. ÇELİKEL, Aysel/ ERDEM, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 13.B., Beta, İstanbul, 2014, s. 54; NOMER, Ergin, Devletler Hususî Hukuku, 21.B., Beta, İstanbul, 2015, s. 55-56.

⁶ Konu hakkında bkz. GAERTNER, s. 104.

olması şaşırtıcı bulunabilir⁷. Hatta, *lex fori*'nin uygulanması, kanunlar ihtilâfı hukukunu tehdit eden bir anlayış olarak dahi görülebilir⁸. Zira, kişisel statüyü ilgilendiren böyle bir durumda, taraflar, kendilerini en yakın hissettikleri hukukun uygulanması beklentisi içinde olabilirler⁹. Bu noktada, hâkimin hukukunun uygulanması, taraf beklentisini karşılamayabileceği için taraf menfaatlerine aykırı olabilecektir. Diğer yandan, *Common law* anlayışı içinde ise, tâbiyet bağlama noktasından hareket edilmesi sonucunda hâkimin hukukundan çok farklı nitelikteki bir hukukun uygulanması olasılığı kabul edilemez bulunabilir¹⁰. Ayrıca, bu yaklaşım çerçevesinde *lex fori*'nin uygulanması, yabancı hukukun araştırılmasını gerektirmediğinden hem zaman hem masraf kaybını önleyici bir formül olarak görülebilmektedir¹¹.

Yabancı unsurlu boşanma davalarında uygulanacak hukukun bu şekilde objektif tespitinin yanı sıra, irade muhtariyetine etki tanıyan düzenlemelerin varlığı da gündeme gelebilmektedir. Çalışmada, boşanma hukukundaki liberalleşme akımına değinildikten sonra, aile hukukuna ilişkin olarak hukuk seçimi konusundaki esnek ve katı yaklaşımlar üzerinde durulacaktır. Ardından, yabancı unsurlu boşanma davalarında hukuk seçimi imkânı, bazı hukuk düzenleri ile sınırlı olarak ele alınacaktır. Son olarak, Türk hukukunda boşanmaya uygulanacak hukuk değerlendirildikten sonra, yabancı unsurlu boşanma davalarında taraflarca yapılan hukuk seçiminin etkisi tartışılmakta ve bu çerçevede, kamu düzenine aykırılığın ortaya çıkıp çıkmayacağı değerlendirilmektedir.

I. Boşanma Hukukunda Liberalleşme

Boşanma hukuku alanında giderek daha esnek ve liberal bir anlayışın yerleşmekte olduğu ileri sürülmektedir¹². Örneğin, boşanmanın mahkeme

⁷ GAERTNER, s. 106.

⁸ D. Evrigenis, "Tendances doctrineales actuelles en droit international privé" (1966-II) 118 Recueil des Cours, 313'den aktaran GAERTNER, s. 106.

⁹ A. Vonken, "Balancing Processes in International Family Law-On the Determination and Weighing of Interests in the Conflict of Laws and the 'Openness' of the Choice of Law System", Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe (Ed. T de Boer), Deventer, Kluwer, 1990, s. 178'den aktaran GAERTNER, s. 114.

¹⁰ Değerlendirmeler için bkz. MORRIS, J., Conflict of Laws, London, Sweet&Maxwell, 5. B., London, 2000, s. 23 vd.

¹¹ Konu hak. bilgi için bkz. GAERTNER, s. 112; PFEIFFER, Magdalena, "Choice of Law in International Family and Succession Law", The Lawyer Quarterly, 4/2012, s. 301.

¹² Konu hak. bkz. GAERTNER, s. 112. Boşanmanın yasak olduğu hukukların sayısının giderek azalmakta olduğuna ve boşanma konusunda maddî hukuk düzenlemelerine ilişkin karşılaştırmalı hukuk değerlendirmesine yönelik olarak bkz. UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, Türk

huzurunda gerçekleşen bir işlem olmasının yanı sıra, arabulucular¹³ nezdinde de çözüme kavuşturulmaya başlanan bir konu olarak görülebilmesi bu liberalleşmeye bir işaret olarak algılanmaktadır. Ayrıca, idarî makamlarca verilen kararlar yoluyla evliliğin sonlandırılabilmesi¹⁴ ya da çiftlerin anlaşma yoluyla boşanabilmeleri de bu esnek anlayışı yansıtır şekilde yorumlanmaktadır. Diğer yandan, boşanma konusundaki yasağın kaldırılarak mümkün hale geldiği Malta¹⁵ gibi örnekler de boşanma konusundaki liberalleşme eğilimini destekler şekilde yorumlanmaktadır.

Boşanma konusunda, maddî hukuktaki anlayış ile kanunlar ihtilâfi hukuku arasındaki etkileşimin yoğun olduğu ve iç hukukta, boşanmaya ilişkin esnek bir yaklaşımın benimsendiği (*favor divortii*) hukuk düzenlerinde, kanunlar ihtilâfi hukuku alanında da bu esnekliğin yansımalarının hissedildiği belirtilmektedir¹⁶. Buna karşın, maddî hukukta evliliği olabildiğince ayakta tutmak yanlısı bir anlayış hâkimse (*favor matrimonii*), bu anlayışın yabancı unsurlu boşanma davalarında da etkisini hissettirdiği belirtilerek boşanmaya hükmedilmesinin zorlaşabileceği ifade olunmaktadır¹⁷.

Boşanma hukukundaki liberalleşmenin kanunlar ihtilâfi hukuku alanındaki en somut görünümü, tarafların, boşanmaya uygulanacak hukuku seçme imkânına kavuşturulması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin, Avrupa Birliğinde, aile hukukuna ilişkin kanunlar ihtilâfi hukuku alanında irade muhtariyetinin, giderek temel ilke haline gelmekte olduğu ileri sürülmektedir¹⁸. Hatta, Avrupa Birliğinde aile hukukuna ilişkin konularda

Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, Beta, İstanbul, 2006, s. 21-25.

¹³ WESTCOTT, John (Ed.), Family Mediation: Past, Present and Future, Jordan Publishing, Bristol, 2004, s. 5 vd.

¹⁴ Konu hakkında ayrıca bkz. EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması, Seçkin, İstanbul, 2012, s. 39 vd.

¹⁵ 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren Medenî Kanun değişikliği için bkz. Civil Code (Amendment) Act, 2011, Government Gazette of Malta No. 18. 784, 29.07.2011: www.doi.gov.mt (Erişim tarihi 29.06.2015) Malta hukuku uyarınca her ne kadar boşanma mümkün hale gelmişse de boşanmanın gerçekleşmesi için eşlerin dört yıldır ayrı yaşıyor olması ve tekrar bir araya gelme ihtimallerinin olmadığına mahkeme tarafından hükmedilmesi gibi koşullar aranabilmektedir.

¹⁶ BAARSMA, Nynke, The Europeanisation of International Family Law, T.M.C. Asser Press, Springer, Groningen, 2011, s. 146-147.

¹⁷ BAARSMA, The Europeanisation, s. 146-147.

¹⁸ YETANO, Toni Marzal, “The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law”, Journal of Private International Law, C. 6.N.1, s. 156. ; NAGY, Csongor Istvan, “What Functions May Party Autonomy Have in International Family and Succession Law? An EU Perspective”, Nederlands Internationaal Privaatrecht, 4, 2012, s. 576.

irade muhtariyetini öne çıkarmanın, Birlik nezdindeki bütünleşmeye katkıda bulunacağı savunulmaktadır¹⁹. Bu çerçevede, aile hukuku alanında *Common law* ülkelerindeki yabancı hukuku hiç uygulamamak yönündeki hâkim anlayış ile Kıta Avrupası ülkelerinde öne çıkan ve eşlerin tâbiyeti gibi bağlama noktalarından hareket eden ve sonuç olarak yabancı hukukun uygulanmasını mümkün kılan anlayışı uzlaştırmak amacıyla, irade muhtariyetinin ön plana çıkartılması üzerinde durulmaktadır²⁰. Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında açıkça “irade muhtariyetinden” bahsedilmese de, “menşe ülke ilkesi” gereğince (*country-of-origin principle*), bireylerin, aile hukuku ile ilgili uyuşmazlıklarında hangi hukukun uygulanacağını kararlaştırma hakkına sahip olduklarından söz edilmektedir²¹.

II. Hukuk Seçimi

Kanunlar ihtilâfi hukukundaki irade muhtariyeti kavramının geleneksel olarak, hukukî güvenlik fikri ile bağlantılı olduğu ileri sürülmektedir²². Taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmakla, aralarındaki kanunlar ihtilâfi meselesinin pratik ve doğrudan etkili bir şekilde çözüme ulaşabildiği; bu şekilde taraf beklentisinin ve adaletin hızlı teşekkülünün sağlandığı iddia edilmektedir²³.

Kanunlar ihtilâfi hukukunda taraflarca hukuk seçimi olanağına genel olarak, sözleşmeden doğan borç ilişkileri ile haksız fiil alanlarında etki tanınmış olduğunu söylemek mümkündür²⁴. Taraflar, irade muhtariyeti ilkesi gereği, örneğin, aralarındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçebilmekte; bu şekilde “öngörülebilirliği” sağlayabilmektedir. Böylelikle, taraflar hak ve borçlarının hangi devlet hukuku uyarınca ve nasıl şekillendirileceğini bilmekte; bir uyuşmazlığın gündeme gelmesi olasılığında seçmiş oldukları hukukun, bu uyuşmazlığa ilişkin olarak ne tür sonuçlar doğuracağını öngörebilmektedir. Bu da belirlilik, kesinlik ve hukukî güvenliği beraberinde getirmektedir.

¹⁹ JAYME, Erik, “Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies”, *Yearbook of Private International Law*, C. 11, 2009, s. 3.

²⁰ JAYME, s. 3.

²¹ Konu hakkında bkz. YETANO, s. 157.

²² FRANZINA, Pietro, “The Law Applicable to Divorce and Legal Separation Under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2011), C.3, N.2, 2011, s. 109.

²³ FRANZINA, s. 109. İrade muhtariyetinin günümüzde kazandığı öneme ilişkin olarak NOMER, s. 313.

²⁴ Konu hak. bkz. JAYME, s. 1.

Genel olarak sözleşmeler hukuku alanında öne çıkan irade muhtariyeti ilkesinin, hukukun her alanında aynı genişlik ve esneklikle yorumlandığını söylemek mümkün gözükmemektedir. Özellikle, aile hukuku alanında hukuk seçimi ya son derece sınırlı olarak gündeme gelmekte ya da bu konuda, irade muhtariyetinin önü tamamen kesilerek, uygulanacak hukuk, *forum*'un bağlama kuralları uyarınca objektif olarak tayin edilmektedir. Bu yaklaşım, aile hukukunun kimi devlet anayasalarında da koruma altına alınan kurumsal bir yapısının olması ve bu nedenle bireysel düzeyde anlaşmalar yoluyla düzenlenmeye uygun olmaması gibi gerekçelerle desteklenmektedir²⁵. Ayrıca, örneğin “çocuklar” gibi zayıf tarafların korunması düşüncesiyle de konunun, bireysel düzeydeki anlaşmalara açık olamayacağı üzerinde durulmaktadır²⁶.

Aşağıda ele alınacağı üzere, aile hukuku alanında hukuk seçiminin mümkün kılındığı hallerde dahi, sınırlandırıcı bir anlayış öne çıkabilmektedir. Örneğin, salt hâkimin hukuku, eşlerin müşterek millî hukuku ya da müşterek mutad mesken hukukundan birinin seçilebileceği şeklinde düzenlemelere yer verilebilmektedir. Bir diğer kısıtlama ise, konu bazında gündeme gelebilmektedir. Bu çerçevede, hukuk seçimi imkânı, malvarlığına ilişkin konularla sınırlı kalmak kaydıyla tanınabilmektedir. Dolayısıyla, boşanma, çocukların velayeti, evliliğin genel hüküm ve sonuçları gibi konularda hukuk seçimine yer verilmemektedir.

Aile hukuku alanında hukuk seçimi konusunda çekimser ve sınırlı bir bakış açısı çizilmiş olmasının gerekçesini, *Savigny* etkisi ile açıklayan bir görüşe²⁷ göre, aile hukuku konusunda sadece hukukî bir perspektif yeterli olmamakta; toplumsal ve etik boyutları da içeren “karma” bir yapı öne çıkmaktadır²⁸. Bu durumda, aile hukuku söz konusu olduğunda konu ile bağlantılı devletlerin emredici nitelikteki kuralları da devreye girmekte ve irade muhtariyeti sınırlı hale gelmektedir.

Aile hukuku alanında irade muhtariyetinin sınırlılığına ilişkin bu katı yaklaşıma karşıt düşecek şekilde, konu hakkında irade muhtariyetini egemen kılmanın çeşitli avantajları üzerinde durulmaktadır. Örneğin, aile hukukundan

²⁵ Konu hak. bkz. JAYME, s. 2

²⁶ Bkz. JAYME, s. 2.

²⁷ PEARI, Sagi, “Choice of Law in Family Law: Kant, Savigny and the Parties’ Autonomy Principle”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 4, 2012, s. 604.

²⁸ Evliliğin varlığı ve sona ermesi konusunda devletin de maddî anlamda menfaatinin söz konusu olduğu ile ilgili olarak bkz. WILLS, Mary M., “Conflicts of Law in Divorce Litigation: A Looking-Glass World?”, *Campbell Law Review*, V. 10/1, 1987, s. 149.

doğın uyuşmazlıklar açısından yeknesak bir kanunlar ihtilâfi anlayışının yokluğu karşısında, irade muhtariyetinin, yeknesaklığı sağlayıcı bir çözüm olabileceği ileri sürülmektedir²⁹. Bu çerçevede, hukuk seçimi yoluyla, taraflara hukukî kesinlik ve öngörülebilirlik imkânı sunulacağı ve aile hukuku gibi kişisel statüyle doğrudan ya da çok yakın ilgili bir konuda, tarafların kendilerini en yakın hissettikleri hukukun uygulanmasının mümkün kılınacağı da belirtilmektedir³⁰. Ayrıca, tarafların, hukuk seçimi yoluyla kendi davalarının ve durumlarının ihtiyaçlarına en tatmin edici şekilde yanıt verebilecek hukuka ulaşabilecekleri üzerinde durulmaktadır³¹. Örneğin, tarafların seçtikleri hukukun avantaj ve dezavantajlarını irdelemiş olacaklarından menfaatlerini en iyi şekilde tatmin eden hukukun uygulanmasını sağlayabilecekleri ileri sürülmektedir³². Ek olarak, irade muhtariyeti yoluyla, tarafların, boşanmanın en hızlı ve ucuz şekilde gerçekleşmesini sağlayabilecek hukuka yönelmelerinin de mümkün olabileceği ifade edilmektedir³³. Son olarak, Avrupa Birliği gibi iç göç oranlarının yüksek olduğu yapılanmalarda, tarafların “kültürel kimliklerinin korunması” yönündeki isteklerinin çok güçlü olabildiğinden yola çıkılmaktadır. Dolayısıyla, örneğin, hâkimin hukukun değil de hukuk seçimi yoluyla, müşterek millî hukukun uygulanabilmesinin tarafların istek ve beklentileri ile uyum içinde olacağı üzerinde durulmaktadır³⁴.

III. Çeşitli Hukuk Düzenlerinde Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Hukuk Seçimi Konusundaki Yaklaşımlar

Yabancı unsurlu boşanma davalarında, kimi hukuk düzenlerinde eşlere, uygulanacak hukuku seçme imkânının tanındığı; kimi hukuk düzenlerinde ise uygulanacak hukukun salt objektif olarak tespit edildiği ve bu konuda eşlerin iradesine etki tanınmadığı görülmektedir. Hukuk seçiminin mümkün olduğu düzenlemelerin bazılarında ise, sınırlı bir hukuk seçimi imkânı kabul edilmekte ve bu noktada eşlerin müşterek millî hukukunun veya, müşterek mutad mesken hukukunun uygulanacak hukuk olarak seçilmesine imkân tanınmaktadır.

²⁹ PFEIFFER, s. 303.

³⁰ PFEIFFER, s. 303; FRANZINA, s. 110.

³¹ NAGY, s. 579.

³² VIARENGO, Ilaria, “The Role of Party Autonomy In Cross-Border Divorces”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 4, 2012, s. 557.

³³ VIARENGO, s. 557.

³⁴ VIARENGO, s. 557.

Bu çerçevede, aşağıda, hem Kıta Avrupası hukuku hem *Common law* açısından, boşanma davalarında hukuk seçimi ile ilgili genel yaklaşımı ortaya koyabilmek amacıyla kimi Avrupa devletlerinin, İngiltere'nin, Amerika Birleşik Devletleri'nin ve Çin'in konuya ilişkin düzenlemeleri değerlendirilmiştir.

A. Avrupa Birliği Hukuku

Avrupa Birliği bünyesinde, boşanma konusunda üye ülke hukuk düzenlemelerinde ciddi farklılıkların olması, konu hakkında ortak bir hukukî düzenlemenin varlığını gerektirmiştir³⁵. Bu amaçla, 20 Aralık 2010 tarihli “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Konsey Tüzüğü³⁶” yürürlüğe sokulmuştur. Tüzük, Avrupa Birliği'nde yabancı unsurlu boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk konusunda yeknesak³⁷ bir düzenleme öngörmektedir.³⁸ Tüzüğün 1. maddesinin 1. paragrafında, Tüzüğün kanunlar ihtilâfi içeren durumlarda boşanma ve ayrılık bakımından uygulanacağı” düzenlemesine yer verilmiştir. Tüzük, sadece katılan devletler bakımından doğrudan uygulanacak; Birleşik Krallık, İrlanda ve Danimarka'da ise uygulama alanı bulmayacaktır³⁹.

Avrupa Birliği bünyesinde, boşanmanın kolaylaşmasına yönelik bir anlayışın (*favor divortii*) yerleşmeye başladığı yönündeki iddia⁴⁰ kapsamında, Tüzüğün temel prensiplerinden biri olarak *favor divortii* anlayışına yer verildiği

³⁵ MCELEAVY, Peter, “The Communitarization of Divorce Rules: What Impact for English and Scottish Law?”, *International and Comparative Law Quarterly*, 53, 2004, s. 642.

³⁶ Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 Implementing Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation, O.J. L 343/10, 29.12.2010. Bundan sonra “Tüzük” ya da “Roma 3 Tüzüğü” olarak ifade olunacaktır.

³⁷ Avrupa Birliği bünyesindeki yeknesaklaştırmanın tarihçesi ile ilgili olarak bkz. KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, “A General Perspective to the History and the Harmonisation Idea of Family Law in Europe”, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, C. 41, S. 58, 2009, s. 181 vd.

³⁸ Konu hakkında bkz. PFEIFFER, s. 297; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm, “Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61(2) 2012, s. 505 vd.; FIORINI, s. 178 vd.

³⁹ Tüzüğe katılan devletler, Belçika, Bulgaristan, Almanya, İspanya, Fransa, İtalya, Letonya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Avusturya, Portekiz, Romanya, Slovenya'dır. Litvanya da 2012/714/EU kararı ile 22.05.2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere katılmıştır: www.ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/di_information_en.html (Erişim Tarihi: 15.06.2015).

⁴⁰ DE VIDO, Sara, “The Relevance of Double Nationality to Conflict of Laws Issues Relating to Divorce and Legal Separation in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, C.4, N.1, 2012, s. 224.

belirtilmekte ve eşlerin boşanma hakkının varlığının altı çizilmektedir⁴¹. Bu çıkarıma, özellikle Tüzüğün 10. maddesindeki düzenleme dayanak gösterilmektedir. Nitekim, Tüzüğün 10. maddesi uyarınca, Tüzüğün 5. ya da 8. maddesi uyarınca uygulanacak olan hukukun, boşanmaya yer vermediği ya da boşanma hakkı konusunda eşler arasında cinsiyete dayalı ayırım öngördüğü durumlarda, *forum* hukukunun uygulanması hükme bağlanmıştır. Bu şekilde, boşanmanın *forum* hukukuna dayalı olarak elde edilebilmesi ve eşler arasında ayırım yapılmaksızın gerçekleştirilebilmesi amaçlanmıştır.

Tüzüğün 5. maddesinde ise taraflara sınırlı da olsa hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Buna göre, taraflar, hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı sırada müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukukunu; anlaşma yapıldığı sırada eşlerden birinin halen orada yerleşik olması koşuluyla son müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukukunu, anlaşmanın yapıldığı sırada eşlerden birinin millî hukukunu ve son olarak da hâkimin hukukunu seçebilirler. Tüzüğün sunmuş olduğu esneklik⁴² sonucunda taraflarca seçilen hukuk, Tüzüğe katılan üye bir devletin hukuku olmasa dahi uygulanacaktır⁴³. Taraflara seçebilecekleri hukuk bakımından sınırlama getirilmiş olmasının sebebinin ise taraflarla çok az ilgili ya da tamamen ilgisiz bir hukukun uygulanmasının önüne geçmek olduğu belirtilmektedir⁴⁴. Taraflara hukuk seçme imkânı getirmenin, özellikle “mutad mesken”in objektif tespitine yönelik zorlukları yenmede anlamlı olabileceği üzerinde durulmaktadır⁴⁵. Şekli açıdan ise yazılı olarak yapılması şart koşulan hukuk seçimi anlaşmasının, taraflarca imzalanması noktası belirtilmiş ve anlaşma metninde tarihe de yer verilmesi gerektiği düzenlenmiştir (Tüzük m. 7/1)⁴⁶. Tarafların

⁴¹ FRANZINA, s. 99.

⁴² Tüzüğün Dibacesinin 12. paragrafında ve Tüzüğün 4. maddesinde yer alan bu esnekliğe bağlı olarak, uygulanacak hukuk, ister taraflarca belirlenmiş ister objektif olarak tayin edilmiş olsun, Tüzüğe katılmamış, üye bir devlet hukuku olsa dahi uygulanacaktır. Ayrıca AB üyesi olmayan üçüncü bir devlet hukuku da uygulanacak hukuk olabilecektir: MARINA, Simone, “Matrimonial Matters and the Harmonization of Conflict of Laws: A Way to Reduce the Role of Public Policy As A Ground For Non-Recognition of Judgments”, Yearbook of Private International Law (Ed. BONOMI, Andrea/ ROMANO, Gian Paolo), C. 13, 2011, s. 262.

⁴³ VIARENGO, s. 557.

⁴⁴ BAARSMA, Nynke, “Communitarisation of Choice of Law Rules on Divorce and Termination of Registered Partnerships”, s. 5. www.rug.nl/research/gradschool-law/phd/paper-nynke-baarsma.pdf, (Erişim Tarihi: 18.06.2015); Ayrıca bkz. UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, “Avrupa Birliği’nde Aile Hukukunu Birleştirme Çalışmaları”, Ata Sakmar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, s. 240.

⁴⁵ VIARENGO, s. 556.

⁴⁶ KRVAVAC, Marija/ BELOVIC, Jelena, “Communitarisation of Private International Law

seçmiş oldukları hukukun, boşanmaya yer vermemesi ya da boşanma hakkı konusunda eşler arasında cinsiyete dayalı eşitsizlik öngördüğü durumlarda ise seçilmiş olan hukuk uygulanmayacaktır. Bunun yerine Tüzüğün 10. maddesi uyarınca hâkimin hukuku uygulanacaktır. Bu şekilde, boşanma konusunda daha liberal ve esnek bir anlayış benimsemiş olan hâkimin hukukun uygulanması söz konusu olabilecektir⁴⁷.

Tarafların hukuk seçimi yapmamaları durumunda ise uygulanacak hukuk, objektif olarak tayin edilecektir. Objektif bağlama kuralı⁴⁸ kapsamında, basamaklı bir yapı kabul edilmiş ve son olasılık olarak hâkimin hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir.

Tüzüğe katılmamış olan üye ülkelerde örneğin, Hollanda’da kendi bağlama kuralları uygulanmaya devam edecektir⁴⁹. Bu çerçevede, Hollanda Medenî Kanununun⁵⁰ “Kanunlar İhtilâfî Hukuku” başlıklı 10. Kitabının 10:56 maddesinin ilk fıkrası kapsamında, hukuk seçimi olasılığının gündeme gelmediği durumlarda, boşanmaya Hollanda hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. *Lex fori*’nin bu şekilde uygulanması ile, boşanmaya olabildiğince kolay bir şekilde hükmedilmesi amaçlanmaktadır⁵¹. Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise taraflara hukuk seçimi imkânı getirilmiştir. Buna göre, tarafların ortak iradeleri yoluyla ya da bir tarafın iradesine diğerinin

Rules on Party Autonomy in European Union”, *International Journal of Business, Humaniti- es and Technology*, C. 4, N.3, 2014, s. 67.

⁴⁷ TORGA, Maarja, “Party Autonomy of the Spouses Under the Rome III Regulation in Estonia-Can Private International Law Change Substantive Law?”, *Nederlands Internationa- al Privaatrecht*, 4, 2012, s. 548.

⁴⁸ Roma 3 Tüzüğü’nün 8. maddesi uyarınca, *tarafların hukuk seçimi yapmadıkları durumlarda boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk, a. davanın açıldığı tarihte eşlerin müşterek mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku, bulunmaması durumunda, b. davanın açıldığı tarihten geriye doğru bir yıldan daha uzun bir süre önce değiştirilmemiş olmak ve eşlerden birinin dava açıldığı tarihte hâlen söz konusu devlette yerleşik olması koşuluyla eşlerin son müşte- rek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukuku, bulunmaması durumunda, c. davanın açıl- dığı sırada eşlerin müşterek millî hukuku, onun da bulunmaması durumunda, d. davanın açıl- dığı devlet hukuku olacaktır.*

⁴⁹ VIARENGO, s. 561.

⁵⁰ Burgerlijk Wetboek, Act of 19.5.2011 Adopting and Implementing Book 10 (Private Interna- tional Law) of the Dutch Civil Code için bkz. SYMEONIDES, Symeon C., *Codifying Choice of Law Around the World- An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, New York, 2014, s. 368.

⁵¹ BOELE-WOELKI, K./ VAN ITERSÖN, D., “The Dutch Private International Law Codifica- tion: Principles, Objectives and Opportunities”, *Electronic Journal of Comparative Law*, C. 14/3, 2010, s. 20; Ayrıca bkz. SYMEONIDES, s. 321.

itiraz etmemesi üzerine, tarafların müşterek millî hukuku uygulanabilecektir⁵². Taraflara sınırlı da olsa hukuk seçimi olanağı sağlamakla, esas itibariyle, yabancı boşanma kararını tanımak için millî hukukun uygulanmış olmasını şart koşan hukuk düzenleri ile ters düşmemek ve Hollanda mahkemesi kararının yabancı ülkede tanınmasını sağlamak amaçlanmaktadır⁵³.

B. İngiliz Hukuku ve Amerika Birleşik Devletleri Hukuku

İngiliz hukukunda boşanma davalarında, *lex fori*'nin münhasıran uygulandığı görülmektedir⁵⁴. Boşanma davasında *lex fori*'nin uygulanması ile yargılamanın kısa sürede tamamlanması ve iç karar uyumunun sağlanması amaçlanmaktadır⁵⁵. Bu anlayış çerçevesinde hâkimin, en çok kendi hukuku hakkında bilgi sahibi olacağı gerçeğinden hareket edilmektedir⁵⁶. Dolayısıyla, irade muhtariyetine yer verilmediği görülmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri hukukunda ise, boşanma davaları açısından uygulanacak hukuktan ziyade, yetki ve tanıma-tenfiz konuları üzerinde yoğunlaşmış olduğu görülmektedir⁵⁷. Boşanma davalarında yetki, kişi hallerine ilişkin çoğu davanın aksine, davalının *forum* ile ilişkisine dayandırılmamıştır⁵⁸. Yetkiye ilişkin olarak “evlilik” esas alınarak tarafların evli olarak sahip olmuş oldukları oturma yerinin ya da taraflardan herhangi birinin oturma yerinin mahkemenin bulunduğu eyalette yer alması, yetkiyi tesis etmek için yeterli görülmüştür⁵⁹.

Uygulanacak hukuk konusunda ise çok fazla tartışmaya yer verilmediği görülmektedir ve boşanma davalarında çoğunlukla, *lex fori*'nin uygulanması yoluna gidilmektedir⁶⁰. Bu uygulamanın tarihsel açıdan gerekçesi, bireylerin evlilik ya da boşanmada menfaatlerinin güçlü olması ve mahkemelerin,

⁵² Müşterek millî hukukunun ait olduğu devlet ile her iki tarafın da sıkı sosyal bağ içinde olması durumunda da tek tarafın seçimi ile bu hukuk uygulanabilecektir: Hollanda Medenî Kanunu m. 10: 56/2/b.

⁵³ BOELE WOELKI/ VAN ITERSÖN, s. 20.

⁵⁴ Konu hak. Bkz. BAARSMA, Europeanisation, s. 151.

⁵⁵ Konu hak. bkz. FRANZINA, s. 94.

⁵⁶ FRANZINA, s. 94.

⁵⁷ SILBERMAN, Linda J.: “Rethinking Rules of Conflict of Laws in Marriage and Divorce in the United States: What Can We Learn From Europe?”, Tulane Law Review, C. 82, 2007-2008, s. 2008.

⁵⁸ SILBERMAN, s. 2008.

⁵⁹ SILBERMAN, s. 2008.

⁶⁰ SYMEONIDES, s. 269; SILBERMAN, s. 2008; WILLS, s. 151.

bu menfaati korumak gerekçesiyle kendi hukuk kurallarını uygulamak istemeleridir⁶¹. Günümüz itibariyle ise, bir kişinin oturma yerinin onun medenî hali üzerinde önemli bir etkiye sahip olmasından yola çıkılarak, oturma yeri esas alınarak tespit edilecek yetkili mahkemenin kendi hukukunu uygulamasının yerinde olacağı gerekçesine dayanılmaktadır⁶². Doktrinde ise, mahkemelerin boşanma davalarında hukuk seçimine etki tanımada oldukça çekimser kalacağı tahmin edilmekte ve bu tahmine, devletin de evlilik ilişkisi içinde rolünün ve menfaatinin olması gerekçe olarak gösterilmektedir.⁶³

Amerikan hukukunda boşanma davalarında hukuk seçimi konusuna sıcak bakılmayacağı ifade olunsa bile, uygulamada, Roma III Tüzüğü'nün taraflara bahsettiği düzeydeki irade muhtariyetinin “dolaylı olarak” gündeme gelebileceği üzerinde durulmaktadır⁶⁴. Bunu sağlayacak olanın da esnek olarak ifade edilebilecek “oturma yeri” anlayışı olduğu ifade olunmaktadır. Oturma yerinin “esnek” olarak yorumlanmasına bağlı olarak taraflardan biri, geçici de olsa belli bir eyaleti oturma yeri olarak tayin edebilir ve davasını bu eyalet mahkemesinde açabilir. Dolayısıyla, boşanma davasında o eyaletin hukukunun uygulanmasını isteyen taraf, oturma yerini o eyalete taşıyarak, *lex fori*'nin uygulanmasını mümkün kılabilir; bir başka deyişle, *forum shopping* yoluna başvurabilir⁶⁵.

C. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun⁶⁶ 59. maddesi uyarınca boşanma ve ayrılık davalarındaki genel yetki kuralı düzenlenmiştir. 59. maddeye göre, davalı eşin yerleşim yerindeki İsviçre mahkemesi ile davacı eşin bir yıldır İsviçre’de yerleşik olması (m. 59/a) veya İsviçre vatandaşı olması koşuluyla yerleşik olduğu yer İsviçre mahkemesinin yetkili olduğu belirtilmiştir (m. 59/b). İsviçre MÖHK’un 61. maddesinde ise yetkili İsviçre mahkemesinin, boşanma ve ayrılığa uygulayacağı hukuk düzenlenmiştir. Anılan Kanunun 61. maddesinin ilk fıkrası uyarınca; boşanma ve ayrılığa İsviçre hukuku uygulanır. Bununla birlikte, eşlerin müşterek bir

⁶¹ SILBERMAN, s. 2008.

⁶² SILBERMAN, s. 2009.

⁶³ SILBERMAN, s. 2009.

⁶⁴ SILBERMAN, s. 2011.

⁶⁵ SILBERMAN, s. 2011.

⁶⁶ Federal Act on Private International Law, 18.12.1987 , 1 Temmuz 2014 tarihi itibariyle değişiklikleri içeren İngilizce metin için bkz. www.andreasbucher-law.ch/images/stories/pil_act_1987_as_amended_until_1_7_2014.pdf (Erişim Tarihi: 25.06.2015).

millî hukukunun olması ve bu hukukun, yabancı bir hukuk olması ve eşlerden sadece birinin İsviçre’de yerleşim yerinin olması durumunda müşterek millî hukuk uygulanır (m. 61/2). Bu hüküm uyarınca İsviçre hukukunda boşanma davalarında uygulanacak hukukun objektif olarak tayin edildiği ve hukuk seçimi imkânına yer verilmediği açıkça görülmektedir.

İsviçre MÖHK’unda hukuk seçimi imkânı salt evlilik mallarına ilişkin olarak kabul edilmiştir; bu çerçevede, İsviçre MÖHK’nun 52. maddenin ilk fıkrası uyarınca genel kural, evlilik mallarına uygulanacak hukuku tarafların seçmesidir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında eşlerin hukuk seçimine sınırlama getirilerek eşlerin, her ikisinin de yerleşim yerinin bulunduğu ya da evliliğin gerçekleşmesinden sonra bulunacağı yerin hukukunu ya da taraflardan birinin millî hukukunu seçebileceği öngörülmüştür⁶⁷.

D. Çin Hukuku

Çin hukukunda, “boşanma davaları” ile “evliliğin anlaşmalı olarak evlilik kayıt makamı önünde sonlanması” açısından bir ayrıma gidilerek boşanmaya uygulanacak hukuk farklı şekillerde düzenlenmiştir. Mahkeme huzurundaki “boşanma davalarında” hâkimin hukuku uygulanırken⁶⁸; tarafların anlaşarak “evlilik kayıt makamı” önünde boşanmayı talep ettikleri durumlarda, sınırlı da olsa hukuk seçimi imkânı getirilmiştir ve taraflardan birinin mutad mesken hukuku ya da millî hukukunun seçilebilmesi mümkün kılınmıştır⁶⁹. Taraflarca bu tür bir anlaşmanın yapılmaması halinde ise tarafların müşterek mutad mesken hukuku, eğer yoksa müşterek millî hukuku, onun da olmaması halinde boşanma usûlünün yürütüldüğü yer hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir.

⁶⁷ Millî hukukun uygulanmasında ise 23. maddenin ikinci fıkrasının uygulanmayacağı belirtilmiştir. (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 23/2: *Bu Kanun’da aksi öngörülmedikçe, uygulanacak hukuk tespit edilirken, bir kişinin birden fazla tâbiyete sahip olması durumunda, en yakın ilişki içinde olduğu tâbiyeti münhasıran esas alınacaktır.*)

⁶⁸ Act on the Application of Laws Over Foreign-Related Civil Relationships, 2010, PRC, Order of the President of the People’s Republic of China, NO. 36, m. 16 ve m. 17. Konu hakkında bkz. HUO; Zhengxin, “Highlights of China’s New Private International Law Act: From the Perspective of Comparative Law”, 45 R.J.T., 2011, s. 664. Ayrıca bkz. SYMEONIDES, s. 270.

⁶⁹ Bkz. SYMEONIDES, s. 270.

IV. Türk Milletlerarası Özel Hukuku ve Boşanma Davalarında Hukuk Seçimi

A. Boşanmaya İlişkin Bağlama Kuralı ve Uygulanacak Hukukun Tespiti

Türk Kanunlar İhtilâfi Hukukunda, yabancı unsurlu boşanma davalarında taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmamıştır ve uygulanacak hukukun, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanununun (MÖHUK) ⁷⁰ 14. maddesinin ilk fıkrası uyarınca hâkim tarafından objektif olarak tespit edilmesi kabul edilmiştir.

MÖHUK'un 14. maddesinin ilk fıkrası uygulanırken, öncelikle tarafların müşterek millî hukukunun olup olmadığı araştırılacaktır⁷¹. Tarafların müşterek millî hukuku yoksa, müşterek mutad mesken hukukunun varlığı sorgulanacak; bunun da bulunmaması durumunda Türk hukuku uygulanacaktır. 14. madde uyarınca tespit edilen hukukun, MÖHUK'un 2. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan hüküm nedeniyle, bağlama kurallarının da dikkate alınması gerekmektedir⁷². Zira, söz konusu hüküm uyarınca, uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır. Örneğin, boşanacak eşlerin her ikisinin de X devletinde mutad mesken sahibi olan, farklı devlet vatandaşları olmaları halinde MÖHUK'un 14. maddesinin ilk fıkrası çerçevesinde tarafların müşterek mutad meskeni hukuku sıfatıyla X devletinin hukuku yetkili hukuk olacaktır. Ancak, MÖHUK'un 2. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, hâkimin, X devletinin hukukunun bağlama kurallarını da dikkate alması zorunludur. Böyle bir durumda, X devletinin bağlama kuralları uyarınca yabancı unsurlu boşanma davalarında öncelikli olarak taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmışsa ve objektif bağlama kuralı ancak tarafların hukuk seçmediği hallerde uygulanacaksa, taraflar da uygulanacak hukuku seçmişlerse, Türk hâkiminin seçilen hukuku uygulaması gerekecektir⁷³.

⁷⁰ Kanun No: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007-26728.

⁷¹ Tarafların müşterek millî hukuku varsa, anlaşma yoluyla Türk hukukunun uygulanmasını istemeleri halinde dahi Türk hukukunun uygulanmasının söz konusu olamayacağı ile ilişkili olarak TEKİNALP, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Vedat, İstanbul, 2009, s. 198.

⁷² MÖHUK'un 2. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanışı ile ilgili olarak bkz. DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 3. B., Savaş, Ankara, 2015, s. 193-194; AKINCI, Ziya/ DEMİR GÖKYAYLA, Cemile, Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat, İstanbul, 2010, s. 3-4; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Boşanma, s. 37-39.

⁷³ Hukuk seçimi yoluyla tarafların, hâkimin hukukunu (Türk hukuku) seçtiği durumlarda

Boşanmaya ilişkin olarak Türk kanunlar ihtilâfî hukukunda hukuk seçimi imkânı öngörülmemiş olmakla birlikte, MÖHUK m. 14'de yer alan basamaklı bağlama sisteminde, tarafların müşterek millî hukuku ve tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek mutad mesken hukukunun uygulanmasının söz konusu olduğu durumlarda, müşterek millî hukukun veya mutad mesken hukukunun hukuk seçimine imkân tanınması durumunda, hâkimin MÖHUK m. 2/3 hükmünün uygulanması sonucunda seçilen hukuku uygulaması, yani hukuk seçimine, seçilen hukukun izin verdiği ölçüde etki tanınması mümkündür.

MÖHUK (m. 15/1) uyarınca evlilik malları ile ilgili olarak ve sınırlı bir hukuk seçimi imkânına yer verilmiş iken, evliliğin şartları, hüküm ve sonuçları, velayet, boşanma gibi konularda getirilmiş olan bağlama kuralları uyarınca tarafların, uygulanacak hukuku seçme imkânına sahip olmadığı görülmektedir. Bununla birlikte, yukarıda verilen örnekte belirtildiği gibi, hukuk seçimine etki tanınması, MÖHUK'un emredici nitelikteki⁷⁴ 2. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanması sonucu ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda, yetkili yabancı hukukun ilgili bağlama kuralını ve bu kapsamda, boşanma davasında hukuk seçme imkânı getiren düzenlemesini dikkate almamak, MÖHUK'un emredici nitelikteki 2. maddesinin üçüncü fıkrasına aykırı olacaktır. Sonuç olarak, Türk hâkimin boşanmaya ilişkin bağlama kuralı uyarınca (MÖHUK m. 14) tespit edilen yabancı hukuku, re'sen bulup uygulamasının gereği (MÖHUK m. 2/1) olarak hukuk seçme imkânının varlığına ulaşılmış olmaktadır.

Bu noktada, Türk hukukunda boşanmaya uygulanacak hukuk konusunda taraflara uygulanacak hukuku belirleme imkânı tanınmadığı için, MÖHUK m. 2/3'ün uygulanması sonucunda, yetkili yabancı hukukun boşanma davasında hukuk seçimi olanağı sunan sübjektif bağlama kuralına değil de, uygulanacak hukukun hâkim tarafından belirlenmesi imkânını getiren objektif bağlama kuralına başvurulması düşünülebilir mi? Kanımızca, bu noktada sübjektif ve objektif bağlama kurallarından hangisinin öncelikli olduğu konusunda yabancı hukukun anlayışına göre hareket edilmelidir. Türk kanunlar ihtilâfî hukuku

tek dereceli atf (iade atf, geriye dönen atf, geri dönen atf); tarafların üçüncü bir devlet hukukunu seçmeleri durumunda ise iki dereceli atf (devam eden atf) söz konusu olacaktır. Türk hâkimi her durumda seçilen hukukun maddî hukuk kurallarını uygulayacaktır. (MÖHUK m. 2/3). Atf hakkında bkz. NOMER, s. 151-152; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 119; ŞANLI, s. 53; DOĞAN, s. 190; TEKİNALP, s. 41. MÖHUK uyarınca salt kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda Türk bağlama kuralının yollamada bulunmuş olduğu yabancı hukukun bağlama kurallarının başka bir hukuku yetkili kılmasının dikkate alınacağı ile ilgili olarak bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 172-173.

⁷⁴ DOĞAN, s. 194.

anlayışı çerçevesinde, yabancı hukukun, “vakıa” olarak değil de “hukuk” olarak uygulanması⁷⁵ ve Türk hâkimin, yabancı hukuku, yabancı hâkimin onu uyguladığı şekliyle uygulamak zorunda oluşu da vardığımız sonucu desteklemektedir⁷⁶. Bu durumda, örneğin, Türk mahkemesi önünde açılan bir davada, MÖHUK m. 14’den hareketle X devlet hukuku yetkili hukuk olarak tespit edildiğinde, bu hukukun uygulanacak hukukun objektif olarak tespitini öngören hükmü, ancak taraflarca hukuk seçimi yapılmadığında gündeme gelmektedir. Bir başka deyişle, yabancı bağlama kuralları bünyesinde öncelikli olan, tarafların hukuk seçme yönündeki iradelerinin olup olmadığıdır. Dolayısıyla, Türk hukukunun bağlama kuralları ile yetkili kılınan yabancı hukukun bağlama kuralları açısından öncelikle bakılması gereken, tarafların hukuk seçme yönünde iradelerinin olup olmadığıdır. Objektif bağlama kuralının uygulanması ise ancak tarafların böyle bir iradesinin olmadığı durumlarda söz konusu olacaktır.

Taraf iradesini öne çıkaran bu sonuç, boşanma hukuku alanında hem maddî hukuk hem kanunlar ihtilâfî hukuku alanında etkili olmaya başladığı ileri sürülen⁷⁷ liberalleşme eğilimleri ile uyumlu gözükmektedir.

B. Kamu Düzenine Aykırılık İhtimalinin Değerlendirilmesi

“Kamu düzenine aykırılık” başlıklı MÖHUK’ın 5. maddesi uyarınca, yetkili yabancı hukukun somut olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi durumunda, bu hükmün uygulanmasından vazgeçilecektir. Bu noktadan itibaren, duruma göre, ya salt yetkili yabancı hukukun Türk kamu düzenini bozan hükmünün uygulanmaması yeterli olabilecek (kamu düzeninin olumsuz etkisi) ya da bazen uygulanmayan bu hükmün yerine hâkimin hukukundan bir hükmün uygulanması (kamu düzeninin önce olumsuz; sonra olumlu etkisi) gereği ortaya çıkabilecektir⁷⁸.

⁷⁵ ŞANLI, Cemal/ ESEN, Emre/ ATAMAN FİGANMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 3.B., Vedat, 2014, s. 62-63; AYBAY, Rona/ DARDAĞAN, Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 114; NOMER, s. 193-194; ÇELİKEL/ERDEM, s. 174; DOĞAN, s. 212-213.

⁷⁶ NOMER s. 196; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 175.

⁷⁷ Konu hak. bkz. GAERTNER, s. 112.

⁷⁸ Kamu düzeninin etkisi, olumsuz veya önce olumsuz sonra olumlu olabilir. Yetkili yabancı hukukun uygulanmasından kamu düzenine aykırılık nedeniyle vazgeçilmesi olumsuz etkidir. Bu etkiden sonra ise, hâkim kendi hukukunu uygulayacaktır ve bu şekilde önce olumsuz, ardından olumlu etki gündeme gelecektir: BERKİ, Osman Fazıl, Devletler Hususî Hukuku, B.6, C. II, Ankara, 1966, s. 84; TİRYAKIOĞLU, Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, AÜHF Yayınları, Ankara, 1996, s. 77; TANRIBİLİR, Feriha Bilge, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku

Ancak, kanunlar ihtilâfi hukukunda, kamu düzenine aykırılık sonucunda gerçekleşecek müdahalenin istisnâî niteliği ve amacın olabildiğince yetkili yabancı hukuku uygulamak olduğu gözden uzak tutulmamalıdır⁷⁹. Bu noktada, yabancı hukukun Türk hukukundan farklı bir düzenleme öngörüyor oluşunun da doğrudan kamu düzenine aykırılık sonucunu doğurmaması gerektiğine dikkat edilmelidir⁸⁰.

Yabancı unsurlu boşanma davasında, MÖHUK m. 14 uyarınca yetkili olan hukukun, MÖHUK'un 2. maddesinin üçüncü fıkrasının gereği olarak, bağlama kurallarının hukuk seçimine yer vermesi halinde, seçilen hukukun uygulanmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edeceğini ileri sürerek seçilen hukuku uygulamamak kanunlar ihtilâfi hukukunda kamu düzeninin istisnâî niteliğini inkâr etmek anlamına gelecektir. Burada asıl tartışılması gereken, seçilen hukukun, somut olaya uygulanan hükümlerinin Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edip etmediğidir. Bu noktada, Türk hâkimi tarafından, yabancı unsurlu bir boşanma davasında MÖHUK m. 14 uyarınca yetkili hukukun bulunması ve yine MÖHUK m. 2/3 gereğince yetkili hukukun hukuk seçimine imkân veren sübjektif bağlama kuralının, dolayısıyla seçilen hukukun uygulanması söz konusudur. Yetkili yabancı hukukun hukuk seçimine imkân tanıyor olması, başlı başına kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilmemelidir.

Bu doğrultuda, Türk hakiminin MÖHUK m. 14 çerçevesinde tespit ettiği yetkili hukukun, MÖHUK'un 2. maddesinin 3. fıkrası çerçevesinde, bağlama kurallarının uygulanması sonucunda boşanmaya tarafların seçtiği hukukun uygulanmasının, başlı başına, adalet anlayışımıza ilişkin temel kimi ilkeleri ve vazgeçilemeyecek nitelikteki hukukî ve toplumsal değerleri⁸¹ sarsacak bir durum olduğunu ileri sürmek, kanunlar ihtilâfi hukukunda kabul edilen kamu düzeni anlayışıyla bağdaşmaz. Önemli olan, seçilen hukukun uygulanması halinde, örneğin aileye ilişkin kamusal ve toplumsal kimi menfaatlerin

Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine", TBB Dergisi, S. 87, 2010, s. 216.

⁷⁹ Konu hakkında bkz. NOMER, s. 160-161; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 153.

⁸⁰ NOMER, s. 162; ÇELİKEL/ERDEM, s. 158; DOĞAN, s. 220.

⁸¹ Kamu düzeni müdahalesine ilişkin olarak bkz. DOĞAN, s. 156; NOMER, s. 157; TİMUR, Hıfzı, "Devletler Hususî Hukukunda Amme İntizamı", İÜHF, C. 7, S.1, Y. 1941, s. 902; ÖKÇÜN, Ahmet Gündüz, Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara, 1997, s. 102; GÜRZUMAR, Aydanur, "Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri", MHB, Yıl:14, S. 1-2, 1994, s. 22; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Boşanma, s. 32-36.

açıkça zedelenmesinin söz konusu olup olmayacağıdır. Örneğin, taraflarca belirlenmiş olan yetkili yabancı hukukun zinaya dayalı olarak sadece erkeğe boşanma hakkı tanınması; kadın bakımından ise bu hakkı tanımaması kadın-erkek eşitliğine aykırı olacağından Türk kamu düzenine aykırılık açısından değerlendirilebilir.

SONUÇ

Boşanma hukuku konusunda giderek daha liberal bir anlayışın (*favor divortii*) benimsenmeye başladığı ve bu anlayışın maddî hukuk alanında olduğu gibi kanunlar ihtilâfî hukukunda da kendini hissettirdiği görülmektedir. Maddî hukuk çerçevesinde, yasak olduğu kimi ülkelerde boşanmanın mümkün hale gelebildiği, boşanma koşullarının daha esnek hale getirilebildiği ya da boşanma usûlünün daha kolaylaştırılabildiği görülmektedir. Kanunlar ihtilâfî hukuku açısından ise kimi hukuk düzenlerinde genelde sınırlı da olsa boşanmaya uygulanacak hukuku seçme yönünde bir anlayışın yeşermeye başladığı görülmektedir. Avrupa Birliğinde Roma 3 Tüzüğü kapsamında, yabancı unsurlu boşanma davalarında hukuk seçimi imkânının sınırlı da olsa tanınmış olması bu gelişmenin en önemli yansımalarından biridir.

Türk kanunlar ihtilâfî hukukunda boşanmaya uygulanacak hukukun objektif olarak belirlendiği ve hukuk seçimine imkân verilmediği görülmele birlikte (MÖHUK m. 14), tarafların yaptığı hukuk seçimine MÖHUK'un 2. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanması sonucunda etki tanınması mümkündür. Bu şekilde, Türk hâkimi, yabancı hukuku, yabancı hâkimin onu uyguladığı şekliyle de uygulamış olacaktır. Yabancı hukukun boşanma davalarında hukuk seçimi imkânı sunan hükmünün uygulanmasının, aileye ilişkin kamusal ve toplumsal menfaatleri zedeleyebilecek nitelikte bir konu olarak düşünülmesi ise mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte, boşanmaya uygulanacak olan yetkili yabancı hukukun somut olaya uygulanan hükmünün, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması durumunda bir müdahale söz konusu olacaktır.

KAYNAKÇA

AKINCI, Ziya/ DEMİR GÖKYAYLA, Cemile, Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat, İstanbul, 2010.

AYBAY, Rona/ DARDAĞAN, Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.

BAARSMA, Nynke, The Europeanisation of International Family Law, T.M.C. Asser Press, Springer, Groningen, 2011. (Baarsma, The Europeanisation)

BAARSMA, Nynke, Communitarisation of Choice of Law Rules on Divorce and Termination of Registered Partnerships, www.rug.nl/research/gradschool-law/phd/paper-nynke-baarsma.pdf, s.1-7.

BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm, Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61(2) 2012, s. 505-539.

BERKİ, Osman Fazıl, Devletler Hususî Hukuku, B.6, C. II, Ankara, 1966.

BOELE-WOELKI, K./ VAN ITERSAN, D., The Dutch Private International Law Codification: Principles, Objectives and Opportunities, Electronic Journal of Comparative Law, C. 14/3, 2010, s. 1-31.

ÇELİKEL, Aysel/ ERDEM, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 13.B., Beta, İstanbul, 2014.

DETHLOFF, Nina, Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Perspectives for the Unification and Harmonisation in Europe (Ed. Katharina Boele- Woelki), Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2003.

DE VIDO, Sara, The Relevance of Double Nationality to Conflict of Laws Issues Relating to Divorce and Legal Separation in Europe, Cuadernos de Derecho Transnacional, C.4, N.1, 2012, s. 2222-2232.

DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 3. B., Savaş, Ankara, 2015.

EHRENZWEIG, Albert, The Lex Fori: Basic Rule in the Conflict of Laws, Michigan Law Review, 58/5, 1960, s. 637-688.

EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması, Seçkin, İstanbul, 2012.

FIORINI, Aude, Rome III-Choice of Law in Divorce: Is the Europeanization of Family Law Going Too Far?, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 22, 2008, s. 178-205.

FRANZINA, Pietro, The Law Applicable to Divorce and Legal Separation Under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010, *Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2011)*, C.3, N.2, 2011, s. 85-129.

GAERTNER, Veronika, European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): An Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters Against the Background of Private International Law Developments, *Journal of Private International Law*, 2006, C. 2, N. 1, s. 99-136.

GÜRZUMAR, Aydanur, Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri, *MHB*, Yıl:14, S. 1-2, 1994, s. 21-54.

HUO, Zhengxin, Highlights of China's New Private International Law Act: From the Perspective of Comparative Law, *45 R.J.T.*, 2011, s. 641-684.

JAYME, Erik, Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies, *Yearbook of Private International Law*, C. 11, 2009, s. 1-10.

KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, A General Perspective to the History and the Harmonisation Idea of Family Law in Europe, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, C. 41, S. 58, 2009, s. 181-195.

KRVAVAC, Marija/ BELOVIC, Jelena, Communitarisation of Private International Law Rules on Party Autonomy in European Union, *International Journal of Business, Humanities and Technology*, C. 4, N.3, 2014, s. 54-68.

MARINA, Simone, Matrimonial Matters and the Harmonization of Conflict of Laws: A Way to Reduce the Role of Public Policy As A Ground For Non-Recognition of Judgments, *Yearbook of Private International Law* (Ed. BONOMI, Andrea/ ROMANO, Gian Paolo), C. 13, 2011, s. 255-272.

MCELEAVY, Peter, The Communitarization of Divorce Rules: What Impact for English and Scottish Law?, *International and Comparative Law Quarterly*, 53, 2004, s. 605-642.

MORRIS, J., Conflict of Laws, London, Sweet&Maxwell, 5. B., London, 2000.

NAGY, Csongor Istvan, What Functions May Party Autonomy Have in International Family and Succession Law? An EU Perspective, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 4, 2012, s. 576- 586.

NOMER, Ergin, *Devletler Hususî Hukuku*, 21.B., Beta, 2015.

ÖKÇÜN, Ahmet Gündüz, *Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, Ankara, 1997.

PEARL, Sagi, Choice of Law in Family Law: Kant, Savigny and the Parties' Autonomy Principle, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 4, 2012, s. 597-604.

PFEIFFER, Magdalena, Choice of Law in International Family and Succession Law, *The Lawyer Quarterly*, 4/2012, s. 291-305.

SILBERMAN, Linda J., Rethinking Rules of Conflict of Laws in Marriage and Divorce in the United States: What Can We Learn From Europe?, *Tulane Law Review*, C. 82, 2007-2008, s. 1999-2020.

SYMENONIDES, Symeon C., *Codifying Choice of Law Around the World- An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, New York, 2014.

ŞANLI, Cemal/ ESEN, Emre/ ATAMAN FİGANMEŞE, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3.B., Vedat, 2014.

TANRIBİLİR, Feriha Bilge, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine, *TBB Dergisi*, S. 87, 2010, s. 195-227.

TEKİNALP, Gülören, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, Vedat, İstanbul, 2009.

TİMUR, Hıfzı, *Devletler Hususî Hukukunda Amme İntizamı*, İÜHF, C. 7, S.1, Y. 1941, s. 866-905.

TİRYAKIOĞLU, Bilgin, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, AÜHF Yayınları, Ankara, 1996.

TORGA, Maarja, Party Autonomy of the Spouses Under the Rome III Regulation in Estonia-Can Private International Law Change Substantive

Law?, Nederlands Internationaal Privaatrecht, 4, 2012, s. 547-554.

UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, Avrupa Birliği'nde Aile Hukukunu Birleştirme Çalışmaları, Ata Sakmar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, s. 213-240.

UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer Uyanık, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, Beta, İstanbul, 2006. (Uyanık Çavuşoğlu, Boşanma)

WESTCOTT, John (Ed.), Family Mediation: Past, Present and Future, Jordan Publishing, Bristol, 2004.

WILLS, Mary M., Conflicts of Law in Divorce Litigation: A Looking-Glass World?, Campbell Law Review, V. 10/1, 1987, s. 145-166.

VIARENCO, Ilaria, The Role of Party Autonomy In Cross-Border Divorces, Nederlands Internationaal Privaatrecht, 4, 2012, s. 555-561.

YETONA, Toni Marzal, The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law, Journal of Private International Law, C. 6.N.1, s. 155- 193.

www.andreasbucherlaw.ch/images/stories/pil_act_1987_as_amended_until_1_7_2014.pdf (erişim 25.06.2015)

www.doi.gov.mt (erişim 29.06.2015)

www.ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/di_information_en.html (erişim 15.06.2015)

TÜRK TİCARET KANUNU'NUN 864. MADDESİ KAPSAMINDA GÖNDERENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU

Cafer EMİNOĞLU*

ÖZET

Türk Ticaret Kanunu'nda taşıma hukukuna ilişkin hükümler ayrı bir kitap altında toplanmış ve "taşıma işleri" başlıklı bu kitap kapsamındaki bazı hükümler ilk kez ihdas edilmiştir. Bu yeni hükümlerden birisi de, özel durumlar için gönderenin kusursuz sorumluluğunu düzenleyen 864. maddedir. Buna göre gönderen taşıyıcıya karşı, yetersiz ambalajlama ve işaretleme, taşıma senedindeki bazı eksiklikler, tehlikeli mala ilişkin bildirim eksikliği ve diğer bazı belgeler ile ilgili yetersizlik gibi nedenlerden dolayı meydana gelen zarar ve giderler için, kusuru olmasa da sorumlu tutulabilecektir. Ancak gönderenin bu kapsamda ödemekle yükümlü olacağı tazminat miktarı için bir üst sınır öngörülmüş ve taşıyıcının ortak sorumluluğunun da tazminat miktarının belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir. İlgili hükümde gönderenin tüketici olduğu durumlar için bir istisna düzenlenmiş ve kimin bu hüküm kapsamında tüketici olarak kabul edileceğini netleştirmek amacıyla bir de tanım yapılmıştır. Gönderenin kusursuz sorumluluğuna bu hüküm uygulamada çeşitli sorunlara yol açabilecektir. Burada özellikle, kusursuz sorumluluk nedenlerinin varlığını ve bu nedenlerin zarara yol açtığını ispatlamak taşıyıcı açısından önemli zorluklar barındırmaktadır. Mahkeme açısından ise bu tür uyuşmazlıklarda somut olay incelemesi daha da önem kazanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Taşıma hukuku, gönderenin kusursuz sorumluluğu, taşıma senedi, CMR, eşya taşıma*

STRICT LIABILITY OF SENDER ACCORDING TO ARTICLE 864 OF TURKISH COMMERCIAL CODE

ABSTRACT

The provisions of Turkish Commercial Code regarding transportation law are embodied under a separate chapter. Some provisions of this chapter, titled as "transportation issues" are settled for the first time. One of these new provisions is article 864 regulating the strict liability of the sender in special cases. According to this article the sender may be held liable, even if he is not at fault, for damage and outlays caused by certain reasons such as insufficient packaging or labeling, incorrect or incomplete statements made in the way bill, failure to disclose the dangerous nature of the goods or incompleteness of some documents. However, the lawmaker has foreseen a limitation for the compensation, which the sender has to

* Yrd. Doç. Dr., Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

pay in this context. Furthermore, the joint responsibility of the carrier should be considered while determining the amount of compensation. The mentioned provision defines the consumer and includes also an exception for the case that, the sender is a consumer. This provision regulating the strict liability of the sender may lead to various problems in practice. Especially, it will be significantly difficult for the carrier to prove the existence of reasons for strict liability and that these reasons caused the damage. At this point the certain case study gains more importance for the courts.

Keywords: *Transportation law, strict liability of the sender, way bill, CMR, carriage of goods*

I. Giriş

6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu (eTTK), taşıma senedinin kıymetli evrak olarak kabul edilmesi nedeniyle taşıma hukukuna ilişkin hususları kıymetli evrak kitabı içerisinde düzenlemekteydi. 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu (TTK) ise bu hükümleri kıymetli evraka ilişkin kitaptan ayırmış ve “taşıma işleri” başlığı altında ayrı bir kitap olarak düzenlemiştir. TTK'daki yeni düzenlemeler sadece şekli boyutta kalmamış esasa ilişkin olarak da bir takım değişiklikler ve yenilikler yeni kanunda yerini almıştır.

eTTK'daki taşımaya ilişkin hükümlerin önemli bir çoğunluğu 1926 tarihli Türk Ticaret Kanunu'ndan aktarılmıştı. Bu hükümlerin kaynağı ise birçok ülkenin artık yürürlükte bulunmayan düzenlemeleriydi. Böylelikle eTTK'daki taşıma işlerine ilişkin hükümler ilgili sektörün ihtiyaçlarına cevap veremediği gibi Türkiye'nin de uluslararası piyasalarla bütünleşmesinin önünde önemli bir engel olarak duruyordu. Taşımacılık sektörünün ulaştığı gelişmişlik düzeyine uyum sağlamayan bu hükümler yorum gücü de doğurmaktaydı.¹

Belirtilen nedenlerden dolayı eşya² taşıma işlerine ilişkin olarak ortaya çıkan reform ihtiyacı TTK'da, 1957 yılından bu yana uluslararası taşıma

¹ TTK Genel Gerekeçe, Nr. 158.

² TTK m. 850/1'e, Adalet Alt Komisyonu aşamasında eklenen “eşya her türlü yükü de kapsar” ifadesine gerekçe olarak Adalet Alt Komisyonu Raporunda şu belirlemelere yer verilmiştir: “6762 sayılı Kanunda, “yük”, “mal” ve “eşya” terimleri, eş anlamlı olmak üzere bir arada kullanılmaktadır. Tasarıda, bu üç terimin yerine geçmek üzere, yalnızca “eşya” sözcüğü kullanılmıştır. Ancak, yeni düzenlemede herhangi bir tereddüdün doğmaması için, taşıma hukukuna ilişkin genel hükümlerin açılış maddesinde, her türlü “yük”ün de “eşya” teriminin kapsamına dâhil olduğunu açıklamak uygun görülerek, Tasarının 850 nci maddesinin birinci fıkrasına bu amaçla ikinci cümle eklenmiştir.” Bkz: Adalet Alt Komisyonu'nun 950. maddeye ilişkin açıklamaları. Ne var ki, TTK mal, yük ve eşya kavramlarını bir arada kullanmaya devam etmektedir. Bizim çalışmamızda da, TTK ve diğer mevzuat metinlerindeki bu farklı kullanımlara bağlı olarak, eşya kavramı yerine farklı terimlere de yer verilmiştir.

hukukunda meydana gelen değişikliklerin göz önünde bulundurulması yoluyla karşılanmaya çalışılmıştır. Ancak burada sadece Türkiye'nin taraf olduğu konvansiyonlar temel alınmamıştır. Türkiye'nin taraf olmadığı ancak taşımacılık açısından önemli görülen diğer konvansiyonlar da dikkate alınmıştır. Bu bağlamda Alman Ticaret Kanunu (HGB) ve bu kanunun eşya taşımaya ilişkin hükümlerinin dayandığı Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı için Mukavele Sözleşmesi (CMR)³ TTK'nın eşya taşımaya ilişkin hükümleri üzerinde etkili olmuştur.⁴

Taşıma işlerine ilişkin olarak TTK'da ilk kez düzenlenen hususlardan biri de özel durumlarda gönderenin kusursuz sorumluluğudur. TTK m. 864'te yer alan bu hükme göre gönderen belirli durum ve şartlarda kusuru bulunmasa bile taşıyıcının zararlarını tazminle yükümlü tutulmuştur. Ancak gönderenin tüketici olduğu durumlarda zararların tazmini için kusur şartı getirilmiştir.⁵

Çalışmamızda gönderenin, TTK m. 864 kapsamında özel durumlar için öngörülmüş olan kusursuz sorumluluğuna ilişkin haller konu edinilmektedir. Öncelikle ilgili hükmün TTK'daki düzenleniş şekline, kaynağına ve taşıma hukukuna ilişkin uluslararası anlaşmalardaki karşılığına yer verilmiştir. Sonrasında ilgili hüküm çerçevesinde gönderenin kusursuz sorumluluğuna yol açan nedenler ayrı ayrı ele alınmaktadır. Bu çerçevede sırasıyla; yetersiz ambalajlama ve işaretleme, taşıma senedine yazılan bilgilerdeki gerçeğe aykırılıklar ile yanlışlık ve eksiklikler, tehlikeli mala ilişkin olarak bildirimde bulunmama, TTK m. 860/1 hükmünde belirtilen belge ve bilgilerdeki eksiklikler, gerçeğe aykırılıklardan veya belge ve bilgilerin yokluğu halleri sorumluluk nedenleri olarak incelenmektedir. Çalışmamızın devamında, sorumluluğun sınırları ve taşıyıcının zarar ile giderlere ilişkin olarak ortaya çıkabilecek ortak mesuliyeti ele alınmaktadır. Son olarak, gönderenin tüketici olması durumuna ve bu konudaki istisnalar ile sonuç bölümündeki nihai değerlendirmelere yer verilmektedir.

II. Kanuni Düzenleme

Kanun koyucu, "Özel durumlarda gönderenin kusursuz sorumluluğu" kenar başlıklı TTK m. 864/1 hükmünde gönderenin, kusuru olmasa da, yetersiz ambalajlamadan ve işaretlemeden; taşıma senedine yazılan bilgilerdeki

³ "Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road." Türkiye'nin CMR'ye katılımı 07.12.1993 tarihli ve 3939 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur.

⁴ Bu hususta ayrıca bkz: ADIGÜZEL, Fiili Taşıyıcı, s. 3.

⁵ Bkz: TTK m. 864/4.

gerçeğe aykırılıklar ile yanlışlık ve eksikliklerden; tehlikeli malın bu niteliği hakkında bildirimde bulunmaktan ve son olarak TTK'nın 860. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen belge ve bilgilerdeki eksikliklerden, gerçeğe aykırılıklardan veya belge ve bilgilerin yokluğundan kaynaklanan, taşıyıcı zararlarını ile giderlerini tazminle yükümlü olduğunu belirtmiştir.

Ne var ki kusurun aranmadığı bu durumlarda gönderenin sorumluluğu sınırlı tutulmuştur. Buna göre sorumlu olduğu tazminat miktarı, gönderenin net olmayan ağırlığının her kilosu için 8,33 Özel Çekme Hakkı ile sınırlı olacaktır (TTK m. 864/2). Bununla birlikte zararın veya giderlerin doğmasında taşıyıcının davranışlarının da etkisi olmuşsa, tazmin yükümlülüğü ile ödenecek tazminatın kapsamının belirlenmesinde, bu davranışların ne ölçüde etkili olduklarının da dikkate alınması gerektiği hükme bağlanmıştır (TTK m. 864/3).

Kusursuz sorumluluk ancak gönderenin tüketici olmadığı durumlarda söz konusu olabilecektir. Diğer bir ifade ile gönderen tüketici ise, taşıyıcıya karşı ancak kusuru hâlinde yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı zarar ve giderleri tazminle yükümlü tutulabilecektir (TTK 864/4). Tüketicinin bu hüküm bağlamında kim olduğu sorusu kanun koyucu tarafından aynı hüküm kapsamında yanıtlanmıştır. Buna göre tüketici, sözleşmeyi ticari veya meslekî faaliyeti ile ilgili olmayan bir amaçla yapan bir gerçek ya da tüzel kişidir (TTK m. 864/2).

III. Hükümün Kaynağı ve Uluslararası Sözleşmelerdeki Karşılığı

Esasen eTTK'da da gönderenin kusursuz sorumluluğuna işaret eden hükümler mevcuttu. Örneğin eTTK m. 768/2'de gönderenin, taşıyıcıya, gümrük kâğıtlarını ve eşyanın taşınması için ihtiyaç duyduğu diğer belgeleri vermek zorunda olduğu, bu kâğıt ve belgelerin şekle ve gerçeğe uygun ve yeterli olmamalarından gönderenin sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır. Yine eTTK m. 769/2'nin birinci fıkrasında taşıma senedinin içermesi gereken hususlar sayıldıktan sonra, ikinci fıkrasında bu kayıtlardan birinin sehven yazılmamasından veya yanlış yahut gerçeğe aykırı olarak yazılmasından doğan zarar ve ziyanın gönderene ait olduğu belirtilmiştir. Aynı hükmün devamında taşınacak eşyanın barut ve infilak maddeleri gibi tehlikeli eşyalardan olması halinde bunu bildirmeyen ve ambalaj üzerine etiket ve işaret koymayan gönderenin, bundan doğan zarar ve ziyanı da ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

Ancak eTTK'da dağınık şekilde var olan bu hükümlere rağmen, gönderenin kusursuz sorumluluk hallerini bir arada düzenleyen TTK'nın 864. maddesinin yeni madde olduğu söylenebilir. Buna rağmen ne TTK'nın 864. maddesinin gerekçesinde ne de TTK'nın genel gerekçesinde, özel durumlarda gönderenin sorumluluğuna ilişkin hükmün mehzarı ile ilgili bir bilgiye yer verilmiştir. Bunun sebebi ilgili hükmün özgün olması değildir. Hükmün kaynağı Alman Ticaret Kanunu (HGB) ve onun dayandığı Budapeşte Konvansiyonudur (CMNI)⁶. TTK m. 864 hükmü HGB § 414'un yakın bir çevirisidir.

Bununla birlikte TTK m. 864 ile HGB m. 414 arasında bazı farklılıklar mevcuttur. Bu farklılıklardan belki en önemlisi, HGB'de gönderenin sorumluluğu için bir üst sınır düzenlememiş olmasıdır. Buna karşılık TTK, üst sınır olarak 8,33 Özel Çekme Hakkı şeklinde bir miktar öngörmektedir. Esasen aynı sınırlama HGB'de de mevcuttu. Ancak CMR gibi uluslararası düzenlemelerde, buna eşdeğer kusursuz sorumluluk sınırlaması bulunmadığına yönelik Alman doktrinindeki eleştiriler de göz önünde bulundurularak ilgili fıkra 2013 yılında yürürlükten kaldırıldı.⁷ Bunun yerine Alman kanun koyucusu sorumluluk üst sınırlarının genel işlem şartlarında belirlenmesine olanak sağlamaktadır.⁸

TTK m. 864 ve HGB § 414 hükümleri çeşitli uluslararası sözleşmelerle de paralellik göstermektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere özel durumlarda gönderenin kusursuz sorumluluğunu düzenleyen HGB hükmünün esas kaynağı CMNI m. 8'dir. Ancak CMNI'nin ilgili hükmünde yetersiz ambalajlama bir kusursuz sorumluluk sebebi sayılmamış, ayrıca sorumluluk üst sınırına da yer verilmemiştir.

CMR de gönderenin özel durumlardaki kusursuz sorumluluğuna ilişkin TTK ve HGB hükümlerine paralel bazı hükümler içermekte ancak bütün kusursuz sorumluluk hallerini kapsayan tek ve bütüncül bir hükme yer vermemektedir. CMR m. 10 hükmünde gönderenin, eşyanın kusurlu olarak ambalajlanmasından dolayı kişilere, malzemeye ve taşınan diğer eşyalara gelecek zarar, ziyan ve hasardan veya ortaya çıkacak giderlerden taşıyıcıya karşı sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır. Ancak, eşyanın kabulünde kusur açık seçik ise, taşıyıcı tarafından biliniyor ve bu hususta bir çekince beyanı

⁶ 2000 tarihli Budapeşte Konvansiyonu (The Budapest Convention on the Contract for the Carriage of Goods by Inland Waterways-CMNI).

⁷ KUMPAN/MERKT/ROTH, § 414, Rn 3.

⁸ Bkz: HGB § 449/II/2; Ayrıca bkz: KUMPAN/MERKT/ROTH, § 414, Rn 3.

söz konusu değilse bu hükmün geçersiz olacağı ifade edilmiştir. CMR burada TTK'dan farklı olarak, eşyanın işaretlenmesindeki eksiklikler ve yanlışlıklar sebebiyle gönderenin taşıyıcıya karşı sorumluluğunu hükme bağlamamıştır.⁹

CMR m. 11/2'de ise taşıyıcının, eşyanın tesliminden önce tamamlanması gereken gümrük ve diğer formalitelerin yerine getirilmesi için gönderen tarafından sağlanması ve sevk mektubuna iliştilmesi yahut taşıyıcıya verilmesi gereken belgelerin veya konuya ilişkin gerekli bilgilerin doğruluğunu ve yeterliliğini incelemek zorunda olmadığını, gönderenin bu gibi belgelerin bulunmaması, yetersiz olması veya usule aykırı oluşundan doğacak zarar, ziyan ve hasardan, taşıyıcıya karşı sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır. Burada da taşıyıcının hatası veya ihmali görülen durumların bu hüküm dışında olacağı belirtilmiştir. CMR m. 7'de ise gönderenin sevk mektubunun içeriğinden ya da içermesi gereken bilgilerin eksikliğinden kaynaklanan sorumluluğu düzenlenmiştir.

Tehlikeli malın bu niteliği hakkında bildirimde bulunmaktan kaynaklanan sorumluluk durumu ise CMR m. 22/1'de düzenlenmiştir. Buna göre gönderen, taşıyıcıya eşyayı teslim ettiğinde, kendisine tehlikenin gerçek özelliklerini bildirmek ve gerekiyorsa alınacak önlemleri belirtmekle yükümlüdür. Eğer bu bilgiler sevk mektubuna yazılmamış ise, bu yükü taşımanın oluşturduğu tehlikenin gerçek içeriğini taşıyıcının bildiği başka yollarla kanıtlamak gönderen veya alıcıya düşer. Hükmün devamında, taşıyıcının tehlikeli olduğunu bilmediği tehlikeli yükün, taşıyıcı tarafından herhangi bir yerde veya zamanda boşaltılabileceği, imha edilebileceği veya tazminat talep etmeksizin zararsız hale getirilebileceği belirtilmiştir. Ayrıca gönderenin, bu çeşit yükün taşınmak üzere tesliminden veya taşınmasından doğacak bütün zarar ve ziyandan sorumlu olacağı da hüküm altına alınmıştır (CMR m. 22/2).

CMR¹⁰ dışında yine Montreal Sözleşmesi (MC)¹¹ ve Uluslararası Demiryolu Eşya Taşıma Sözleşmesi (CIM)¹² de paralel bazı hükümlere yer vermektedirler.¹³

⁹ KARAMAN COŞGUN, s.82.

¹⁰ CMR'ye ilişkin olarak ayrıca bkz: AYDIN, CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, İstanbul, 2002.

¹¹ MC: The Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air. Bkz: MC m. 10.

¹² CIM: Contract of International Carriage of Goods by Rail; Bkz: CIM 1999 m. 8/1.

¹³ Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz: MüKoHGB/Thume, § 414, Rn. 1.

IV. Gönderenin Kusursuz Sorumluluğu

A. Genel Olarak

Kanun koyucu, gönderenin TTK m. 864/1 hükmünde belirtilen durumlarda, kusurlu olmasa dahi, sorumlu tutulacağını hükme bağlanmaktadır. Bunun istisnası gönderenin tüketici olmasıdır. Tüketici ancak kusuru varsa zarar ve giderleri tazminle yükümlü tutulabilecektir (TTK m. 864/4).

TTK m. 864'te belirtilen hususların aksine, TTK m. 863/1'e göre sözleşmeden, durumun gereğinden veya ticari teamülden aksi anlaşılmadıkça, gönderenin yükümlülüğü olarak düzenlenen yükleme ve boşaltmadan kaynaklanan sorumluluk bir kusursuz sorumluluk hali olarak düzenlenmemiştir. Böylelikle TTK m. 863/1 gereği eşyayı, taşıma güvenliğine uygun biçimde araca koyarak, istifleyerek, bağlayarak, sabitleyerek yüklemek ve aynı şekilde boşaltmak zorunda olan gönderen ancak kusurunun varlığı halinde yükleme ve boşaltmadan kaynaklanacak zararlardan sorumlu tutulabilecektir.

Gönderenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin hükmün temel amacı, taşıyıcıyı, gönderenin TTK m. 864/1'de ifade edilen ihlallerden dolayı zarara uğramasını önlemektir. Burada önlenmek ya da tazmin edilmesi istenen zararlar taşıyıcının hem söz konusu ihlaller neticesinde bizzat ve doğrudan maruz kaldığı, hem de üçüncü taraflara karşı ilgili ihlaller neticesinde üstlenmek zorunda kaldığı zarar ve giderlerdir.¹⁴ Taşıyıcı için öngörülmüş olan bu etkin koruma sayesinde gönderen, kendisi ile sözleşme ilişkisi içerisinde bulunan ve taşınacak eşyanın hazırlık aşamasında rol alan yardımcı kişilerin hatasını öne sürmek suretiyle sorumluluktan kurtulamayacaktır. TTK m. 864'ün diğer bir özelliği, bu hükümde düzenlenen sorumluluğun diğer sorumluluk hükümlerine göre *lex specialis* niteliği taşıyor olmasıdır.¹⁵

B. Kusursuz Sorumluluk Halleri

1. Yetersiz Ambalajlama ve İşaretleme

TTK, gönderenin kusursuz sorumluluk hallerinden ilki olarak yetersiz ambalajlama ve işaretleme saymaktadır (TTK m. 864/1-a). Ambalajlama ve işaretlemenin nasıl yapılması gerektiği ise TTK m. 862'de hükme bağlanmıştır. Buna göre eşyanın niteliği, kararlaştırılan taşıma dikkate alındığında, ambalaj yapılmasını gerektiriyorsa, gönderen, eşyayı zıya ile hasardan koruyacak ve taşıyıcıya zarar vermeyecek şekilde ambalajlamak zorundadır. Aynı hükümde,

¹⁴ MüKoHGB/Thume, § 414, Rn. 1.

¹⁵ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN, § 414, Rn. 33.

eşyanın sözleşme hükümlerine uygun şekilde işleme tabi tutulabilmesi için işaretlenmesi gerekiyorsa, gönderenin bu işaretleri de koymakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Burada ihlal durumuna müeyyide uygulanması ile gönderenin gerçek davranışı arasında açık bir bağ kurulmaktadır.¹⁶

Ambalajlama, taşınacak olan eşyanın, onu dış etkilere karşı korumak ve ilgili eşyanın dışarıya tesirini önlemek amacıyla, kap ve zarf gibi araçların içine konulmasını veya sarılmasını ifade eder.¹⁷ Bu gerekliliği sağlamayan, diğer bir ifadeyle, taşınan eşyanın ambalajından akmasına, sızmasına, taşmasına, ya da eşyanın kırılmasına, dökülmesine veya herhangi bir şekilde hasara veya zıyaa maruz kalmasına ya da yol açmasına neden olacak ambalajlama yetersiz bir ambalajlama olacaktır.¹⁸ Ne tür bir ambalajlamanın yeterli olacağı sorusunun cevabı elbette izafi olacak ve ambalajlanacak eşyaya, eşyanın taşınacağı güzergâha, taşıma süresine ve hava koşulları gibi değişkenlere bağlı olarak değişiklik gösterecektir.¹⁹ Bu çerçevede gönderen, eşyayı zıya ve hasardan koruyacak ve taşıyıcıya zarar vermeyecek şekilde, belirtilen değişkenleri de göz önünde bulundurarak ambalajlamak ile yükümlüdür.

TTK'ya tabi taşımalarda eşyanın ambalajlanması mükellefiyeti, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, kural olarak gönderene aittir.²⁰ CMR'de ise bu konuda bir açıklık bulunmamakla birlikte, CMR m. 17/4-b hükmünden ambalajlama işleminin gönderen tarafından yapılması gerektiği sonucuna varılabilir.²¹ Burada ayrıca TTK ile CMR arasındaki bir kapsam farkına da dikkat çekmek gerekir. TTK “yetersiz” ambalajlamaya sonuç bağlamakta iken CMR m. 10'da ayıplı (defective)²² ambalajlama yaptırma tabi tutulmaktadır. Böylelikle kanaatimizce TTK, CMR'ye göre daha kapsamlı bir ifadeye yer vermektedir. Zira “yetersiz” ifadesi, “ayıplı” ambalajlama da dâhil olmak üzere, ambalajlamanın hiç ya da gereğince yapılmamış olması durumlarının tamamını kapsamaktadır.²³

¹⁶ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN, § 414, Rn. 15.

¹⁷ Bununla birlikte ambalajlamanın ayırt etme ve yüklemeye kolaylık sağlama gibi fonksiyonları da vardır.

¹⁸ KARAN, s. 193-194.

¹⁹ KARAN, s. 194; ADIGÜZEL, Sorumluluk, 169.

²⁰ Adıgüzel, Sorumluluk, s. 169. Taşınma eşyasının taşınması konusunda bu mükellefiyet taşıyıcıya yüklenmiştir. Bkz: TTK m. 895/2.

²¹ ADIGÜZEL, Sorumluluk, 169.

²² Nitekim yapılan bazı akademik çevirilerin aksine, resmi tercümede de, kanaatimizce isabetli olarak, CMR m. 10 hükmünde kullanılan “defective packing” tamlamasına karşılık olarak “eksik ambalajlama” değil “kusurlu (ayıplı) ambalajlama” ifadesi kullanılmıştır

²³ Bu hususta ayrıca bkz: EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN, § 414, Rn. 16.

Taraflar arasında aksi kararlaştırılmadığı müddetçe ambalajlama gönderenin uhdesindeki bir edim olarak kabul edilir.²⁴ Diğer bir ifade ile ambalajlama işlemi kural olarak gönderenin hâkimiyetinde ve dolayısıyla sorumluluk sahasında gerçekleştirilen bir işlemdir. Gönderen bu işlemi, taşınacak olan eşyanın sonraki süreçlerde taşıyıcıya zarar vermesini önleyecek şekilde, eksiksiz ve ayıpsız bir şekilde gerçekleştirmekle yükümlüdür.

TTK yetersiz ambalajlama ve işaretlemeden kaynaklanan taşıyıcı zarar ve giderlerinden, kusuru olmasa da, gönderenin sorumlu olacağını düzenlemekte, ancak belirtilen yetersizliğin gönderenin riziko alanının dışında gerçekleşmesi halinde de sorumluluğun söz konusu olup olmayacağı hususunda sessiz kalmaktadır. Bu sessizliğe rağmen kanaatimizce ambalajlamamaya ilişkin olarak gönderenin riziko alanının dışında meydana gelecek yetersizliklerden dolayı kusursuz sorumluluğunun söz konusu olmayacağını kabul etmek gerekir. Aynı şey işaretleme yükümlülüğü ile ilgili olarak da geçerlidir.²⁵

Burada önem teşkil eden hususlardan biri, gönderenin sorumluluk alanından ne anlaşılması gerektiğine ilişkindir. Kanun koyucu eşyanın taşıyıcıya tesliminin taşıma sözleşmesinin varlığına karine olacağını belirtmiştir (TTK m. 856/2). Ayrıca bir başka hükümde taşıyıcının, eşyanın taşınmak üzere teslim alınmasından teslim edilmesine kadar geçecek süre içinde, eşyanın zıyaından, hasarından veya teslimindeki gecikmeden doğan zararlardan sorumlu olduğu düzenlenmiştir (TTK m. 875/1). Bu hükümlerden yola çıkarak ambalajlama ve işaretlemeye ilişkin olarak gönderenin kusursuz sorumluluğunun, gönderenin eşyayı taşıyıcıya teslim ettiği ana kadar gerçekleşen ya da gerçekleşmeyen işlemlerle ilgili olduğu söylenebilir.

Belirtmek gerekir ki gönderenin sorumluluk alanı sadece gönderenin teslim anına kadar bizzat gerçekleştirdiği ambalajlama ve işaretleme işlemleri ile sınırlı değildir. Taşıyıcının yardımcılarının kusuruna ilişkin TTK m. 879/1 hükmü çerçevesinde gönderenin kendi adamlarının ve yararlandığı üçüncü kişilerin ambalajlama/işaretleme işlemlerinden kaynaklanan eksikliklerden de kusursuz sorumlu olduklarının kabulü gerekir. Diğer bir ifade ile sorumluluğun tayininde ambalajlama ve işaretleme işleminin gönderen tarafından bizzat mı yoksa bu işi bıraktığı üçüncü kişiler vasıtası ile mi yaptığı önem arz etmeyecektir. Burada asıl olan ambalaj ve işaretlemedeki yetersizliğin ve bunun neticesinde meydana gelen zarar ya da giderlerin ortaya

²⁴ KARAN, s. 191.

²⁵ Alman öğretisi için bkz: OETKER, § 414, Rn. 6; EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN, § 414, Rn. 17.

konulabilmesidir.²⁶ Üçüncü kişiler burada örneğin alt gönderenle sözleşen asıl gönderen olabileceği gibi aradaki taşıma acenteleri de olabilir.²⁷

TTK m. 864'te açıkça ifade edilmemiş olmakla birlikte, gönderenin kusursuz sorumluluğu ancak kendisinin ambalajlama ya da işaretleme ile yükümlü olduğu durumlar için söz konusu olacaktır.²⁸ Diğer bir ifade ile ambalajlama ya da işaretleme yükümlülüğünün taşıma sözleşmesi ile taşıyıcıya yüklendiği durumlarda taşıyıcı yetersiz ambalajlama ve işaretlemeden dolayı kusursuz sorumlu olmayacaktır.²⁹ Kimin ambalajlama ya da işaretleme işlemi ile yükümlü olduğu taraflar arasındaki anlaşmaya göre farklılık arz edecektir. Taraflar arasındaki sözleşme aynı zamanda ambalajlama veya işaretlemenin niteliğine ilişkin olarak belirleyici bir rol oynayacaktır. Kanaatimizce taşıyıcının ambalajlama ve işaretlemeden sorumlu olmasına rağmen gönderenin de işaretleme ve ambalajlama işlemlerine katılmış olması halinde, meydana gelen zarar ve giderlerden kusur oranına göre gönderen de sorumlu tutulabilecektir.³⁰ Nitekim bu sonuç taşıyıcının ortak mesuliyetine ilişkin TTK m. 864/3 hükmüne de uygun olacaktır.

Yetersiz ambalajlama ya da işaretlemenin hem gönderenin hem de taşıyıcının sorumluluk alanında gerçekleşen iş ve işlemlerden kaynaklanması halinde tazminat yükümlülüğü ya da zarar, sebep olma oranına göre paylaşılacaktır.³¹ Örneğin taşıyıcının, zararın doğması konusunda göndereni uyarmaması ya da zamanında uyarmaması kendisinin de sorumluluğunu doğurabilecektir.³² Ancak belirtmek gerekir ki; ifade edilen durumlarda kimin ne ölçüde tazminat yükümlülüğü taşıyacağına tespitini son derece zor olacak ve her somut olayın şartlarına göre hakkaniyete uygun farklı bir değerlendirmeyi gerekli kılacaktır.

Taşıma senedine aksine bir çekince konulmamışsa taşınacak eşyanın dış görünüş itibari ile iyi durumda ve taşıma senedinde gösterildiği şekilde olduğu karine olarak kabul edilir. Bunun aksini iddia edecek olan taşıyıcı ispat ile yükümlü olacaktır. TTK'ya tabi olan taşımalarda ilgili hususta bir çekince

²⁶ CMR uygulaması için bkz: KARAN, s. 193.

²⁷ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN, § 414, Rn. 17.

²⁸ BAUMBACH/HOPT, § 414, Rn. 2B.

²⁹ OETKER, § 414, Rn. 6; KARAN, s.193.

³⁰ Alman öğretisinde aynı doğrultuda: BAUMBACH/HOPT, § 414, Rn. 2B.

³¹ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN, § 414, Rn. 19.

³² KARAMAN COŞGUN, s.282.

konulmamış olsa bile gönderen, ambalaj yetersizliğinin kanıtlanmış olması şartıyla, taşıyıcının bu sebeple uğrayacağı zararlarından mesul olacaktır.³³

2. Taşıma senedine yazılan bilgilerdeki gerçeğe aykırılıklar ile yanlışlık ve eksiklikler

a) Taşıma Senedi ve İçeriği

TTK m. 864/1’de, gönderenin kusursuz sorumluluk hallerinden ikincisi olarak, “taşıma senedine yazılan bilgilerdeki gerçeğe aykırılıklar ile yanlışlık ve eksikler” gösterilmiştir. Bu nedenle öncelikle taşıma senedini, hazırlanma usulünü ve içeriğini ele almakta fayda görmekteyiz.

Karayolu Taşıma Yönetmeliği’nde (KTY)³⁴ taşıma senedi, “eşya ve kargo taşımalarında gönderen ile yetki belgesi sahibi arasında akdedilen, ilgili diğer mevzuat ve bu yönetmelikle belirlenen bilgileri ihtiva eden sözleşme belgesi veya bu tür bir sözleşmede bulunması gereken bilgileri ihtiva etmesi halinde taşıma senedi yerine geçecek olan taşıma faturası, taşıma irsaliyesi veya irsaliyeli taşıma faturası” şeklinde tanımlanmıştır (KTY m. 4/1-tt).

TTK ise taşıma senedini tanımlamamakta ancak bu senedin içeriğine ve hazırlanma usulüne ilişkin hükümlere yer vermektedir. Buna göre taşıma senedi, taraflardan birinin istemi üzerine düzenlenir, üç özgün nüsha olarak hazırlanır ve gönderen tarafından imzalanır. Gönderen, taşıyıcının da taşıma senedini imzalamasını isteyebilir. El yazısı ile imzalanmış taşıma senetlerinin suretlerindeki imza, damga veya mühür şeklinde ya da basılı olabilir. Bir nüsha gönderene aittir, diğeri eşyaya eşlik eder, üçüncüsü ise taşıyıcıda kalır (TTK m. 856/1).

Belirtmek gerekir ki TTK’da taşıma senedi kıymetli evrak olarak değil, bir ispat aracı olarak düzenlenmiştir.³⁵ TTK bu yönüyle taşıma senedinin bir kıymetli evrak olarak düzenlenmesine olanak sağlayan mehz HGB m. 444 hükmünden ayrılmaktadır.³⁶

Taşıma senedinde yer alması gereken hususlar TTK m. 857’de ayrıntılı olarak sayılmıştır.³⁷ TTK burada hem asgari içeriği düzenlemekte hem de tarafların uygun gördükleri diğer kayıtları da koyabileceklerini belirtmek

³³ KARAMAN COŞGUN, s.282.

³⁴ RG, 11.06.2009, 27255.

³⁵ TTK Madde Gereççeleri, m. 858. Bu hususta ayrıca bkz: ADIGÜZEL, MTO, s. 325.

³⁶ ADIGÜZEL, MTO, 326.

³⁷ Konuya ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz: ADIGÜZEL, Sorumluluk, s.176vd.

suretiyle ihtiyari bir içeriğe de olanak sağlamaktadır (TTK m. 857/2). Kanun koyucu zorunlu içerik olarak, taşıma senedinde düzenleme yeri, gönderen, taşıyıcı, taşınacak eşya, gümrük işlemlerine ve benzeri hususlara ilişkin bilgi ve talimatların yanı sıra, taşınacak eşya ve taşıma anlaşmasına bağlı olarak yer alması gerekli olabilecek diğer bazı bilgilerin de bulunmasını gerekli görmüştür. Örneğin, tehlikeli malların taşınması söz konusu ise bunlara ilişkin mevzuatta öngörülen işaretlere ilişkin kayıt (TTK m. 857/1-g), kararlaştırılan taşıma ücreti ve teslimde kadar ortaya çıkacak giderler ile, taşıma ücretinin gönderenden başka biri tarafından ödenecek olması hâlinde, bu hususa ilişkin kayıt (TTK m. 857/1-k), teslimde ödemeli taşımalarda teslimde ödeme kaydı ve ödenecek tutara ilişkin bilgi ve varsa taşımanın üstü açık ya da örtülmemiş bir araçta veya güvertede yapılabileceğine ilişkin sözleşme (TTK m. 857/1-n), taşıma senedinin zorunlu içeriğinin diğer unsurları olarak düzenlenmiştir.

Taşıma senedine ilişkin şüana kadarki açıklamalar göz önünde bulundurulduğunda, esasen bu senedin gönderen ile taşıyıcı arasında akdedilen sözleşmenin içeriğini ortaya koyan bir metin olduğu söylenebilir. Ancak taşıma senedinin tanzim edilmemiş olması taşıma sözleşmesinin var olmadığı anlamına gelmeyecektir. Böyle bir durumda taşınacak eşyanın taşıyıcıya teslimi, taşıma sözleşmesinin varlığına karine teşkil edecek ve tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile taşıma sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır (TTK m. 856/2).³⁸

TTK ve CMR'de yer alan taşıma senedine ilişkin düzenlemeler büyük ölçüde paralel olmakla birlikte bazı açılardan da farklılaşmaktadırlar. CMR taşıma senedi için “sevk mektubu”³⁹ ifadesini kullanmakta ve TTK'nın aksine, bu metnin taşıyıcı tarafından imzalanmasını ihtiyari değil bir zorunluluk olarak öngörmektedir (CMR m. 5/1). CMR ayrıca, TTK'dan farklı olarak, gönderenin ve taşıyıcının, taşınacak eşyaların başka taşıtlara yüklenmesi gerektiği, bunların farklı eşyalar olduğu durumlarda veya ayrı partilere bölünmesi durumunda, her çeşit ve parti yük için ayrı bir sevk mektubu isteme hakkına sahip olduklarını açıkça belirtmektedir. Ancak TTK'nın taşıma senedine ilişkin hükümlerinin genel değerlendirmesinden ve özellikle de yukarıda belirttiğimiz TTK m. 856/1 hükmünden yola çıkarak böyle bir hakkın TTK'ya tabi taşımalar açısından da kullanılabileceğini belirtmek kanaatimizce yanlış olmayacaktır.⁴⁰

³⁸ Taşıma Sözleşmesine ilişkin bir çalışma için bkz: TÜZÜNER, s. 167-196.

³⁹ Resmi çeviride “sevk mektubu” olarak ifade ilgili kavram orijinal İngilizce metinde “the consignment note” şeklinde yer almıştır. Bkz: KARAN, s.126vd.

⁴⁰ Aynı yönde: KARAMAN COŞGUN, s.278-279.

b) Taşıma Senedinden Dolayı Gönderenin Kusursuz Sorumluluğu

Taşıma senedindeki bilgilerin eksik, yanlış ya da gerçeğe aykırı olmasından dolayı gönderenin kusursuz sorumluluğu doğabilecektir (TTK m. 864/1-b). Belirtmek gerekir ki kusursuz sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için gerçeğe aykırılık, eksiklik ya da yanlışlıkların taşıma senedindeki herhangi bir bilgi açısından söz konusu olması yeterli olacaktır. Böyle bir durumda gönderen, ilgili bilgilerin gerçeğe aykırı, yanlış ya da eksik olmasından dolayı meydana gelen taşıyıcı zarar ve giderlerini karşılamakla yükümlü olacaktır.⁴¹

Belirtmek gerekir ki TTK'ya tabi taşımalar açısından taşıma senedinin hazırlanması bir zorunluluk olarak öngörülmemiştir. Nitekim yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, TTK taşıma senedinin “tarafardan birinin istemi üzerine” düzenleneceğini hükme bağlamaktadır (TTK m. 856/1). Dolayısıyla taşıma senedinin tanzim edilmiş olması, gönderenin taşıma senedine yazılan bilgilere ilişkin kusursuz sorumluluğunun bir ön şartıdır.

Taşıma senedine yazılan bir bilginin gerçeğe aykırı olması, söz konusu bilginin ilişkili olduğu hususta doğru olmayan bir içeriğe sahip olması anlamına gelir. Bu durumda örneğin, gerçekte taşınan bilgisayar yerine taşıma senedinde “akvaryum” yazılması ya da gerçekte yanıcı olan kimyasalların “yanıcı olmayan kimyasallar” şeklinde ifade edilmesi⁴², gerçeğe aykırı bilgilere örnek teşkil edecektir.

Taşıma senedindeki bilgilerin gerçeğe aykırılıkları gibi bu bilgilerde “yanlışlık” olması durumu da bir kusursuz sorumluluk nedeni olarak sayılmıştır. Kanun koyucunun burada “gerçeğe aykırılık” ile “yanlışlık” arasında nasıl bir fark öngördüğünü anlamak güçtür. İlgili hüküm bir kusursuz sorumluluk durumunu düzenlediğine göre, burada “yanlışlık” için kusur olmaksızın, “gerçeğe aykırılık” hali için ise kusurlu olarak, “doğru olmayan bilgi yazılması” şeklinde bir ayırımı gidilmesi kanaatimizce sonucu değiştirmeyecektir. Aynı durum, eTTK m. 769/2'den yola çıkılarak, “yanlışlık” için şekli, “gerçeğe aykırılık” için maddi hatanın kastedilmiş olduğunu kabul ettiğimizde de söz konusu olacaktır. Bu durumda “yanlışlık,” ya “eksikliğin” ya da “gerçeğe aykırılığın” kapsamında yer alacaktır. Bu yönüyle hükümdeki “yanlışlık” ifadesi kanaatimizce gereksizdir. Nitekim Alman HGB'nin mehaz § 414'ün 2. paragrafında sadece eksiklik (“Unvollständigkeit”) ve gerçeğe

⁴¹ MüKoHGB/Thume, § 414, Rn. 11.

⁴² EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN, § 414, Rn. 20.

aykırılık (“Unrichtigkeit”) durumlarından bahsedilmiş, ancak “yanlışlık” ifadesine denk gelecek üçüncü bir sebep sayılmamıştır.

Eksiklik ise taşıma senedindeki “yetersizliğe” ya da duruma göre “tam olmama” haline işaret etmektedir. Örneğin, gönderilenin adres bilgisinde kapı numarasının gösterilmemiş olmaması taşıma senedindeki bilginin eksikliğini ortaya koyar.⁴³ Kanaatimizce burada taşıma senedindeki bilginin eksik ancak yeterli olduğu durumlar da ortaya çıkabilecektir. Örneğin eşyanın teslim alınacağı yere ilişkin taşıma senedindeki bilgiler resmi adres bilgileri ile uyuşmamakla birlikte bu yerin bulunması için yeterli olabilir. Bu iki husus arasındaki fark, taşıyıcının ne ölçüde özenli davrandığına bağlı olarak, TTK m. 864/3 çerçevesinde tazminat miktarının belirlenmesinde kendisini gösterebilecektir.

Bir kusursuz sorumluluk nedeni olarak taşıma senedindeki bilgilerin gerçeğe aykırılık ya da yanlışlık hallerinin yanında, eksik olma durumlarına da özellikle vurgu yapıldığını belirtmek gerekir. Çünkü senetteki bilgilerin gerçeğe uygun olmakla birlikte eksik olması sıklıkla karşılaşılabilecek bir durumdur. Bu yönüyle taşıyıcı, senetteki bilgilerin doğru ve tam olduğuna güvenerek hareket etme hakkına sahiptir.⁴⁴ Taşıyıcı kusurunun da bulunduğu hallerde ise yine TTK m. 864/3 kapsamında gönderenin tazminat yükümlülüğü hafifleyebilecektir.

Önemle belirtmek gerekir ki, TTK m. 864/1-b hükmü, TTK m. 857’de taşıma senedinin içeriği olarak sayılan hususlardan biri ya da birkaçının yokluğunu bir kusursuz sorumluluk hali olarak düzenlememektedir.⁴⁵ Nitekim taşıma senedinin hazırlanması ancak taraflardan birinin talebi halinde zorunluluk arz edecektir. Dolayısıyla taşıma senedinin hiç düzenlenmemiş olması TTK m. 864/1-b kapsamında gönderenin kusursuz sorumluluğuna yol açmayacaktır. Aynı şekilde bir bilginin taşıma senedinde hiç yer almaması da gönderen açısından bir kusursuz sorumluluk hali oluşturmayacaktır.⁴⁶ TTK m. 857/2’de sayılan unsurlardan bir ya da bir kaçının, taraflardan en az biri tarafından düzenlenmesi talep edilen taşıma senedinde yer almaması durumu ise, TTK m. 864’te düzenlenen kusursuz sorumluluk hükmü kapsamında değil, genel sorumluluk hukuku açısından ele alınmalıdır.

⁴³ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN, § 414, Rn. 20.

⁴⁴ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN, § 414, Rn. 21.

⁴⁵ MüKoHGB/Thume, § 414, Rn. 12.

⁴⁶ BAUMBACH/HOPT, § 414, Rn. 2B; OETKER, § 414, Rn. 6.

Belirtilen nedenlerden dolayı gönderen açısından kusursuz sorumluluk, taşıma senedinde var olan bilgilerin eksik olmasından dolayı ortaya çıkacaktır. Bu durumda kanaatimizce, gönderen taşıyıcıya karşı, taşıma senedine TTK m. 857/2 çerçevesinde eklenmiş olan ihtiyari bilgilerin de eksik ya da gerçeğe aykırı olmasından meydana gelen zararlardan, kusuru olmasa da, sorumlu olacaktır.⁴⁷ Diğer bir ifade ile kusursuz sorumluluk sadece TTK m. 857/1 kapsamındaki zorunlu içerik açısından söz konusu olmayacaktır.

CMR de sevk mektubundaki bilgilerin eksiklik ve gerçeğe uygunluğu açısından gönderenin sorumluluğunu düzenlemektedir.⁴⁸ CMR m. 11/2'ye göre taşıyıcı sevk mektubu ile verilen bilgilerin doğruluğunu ve yeterliliğini incelemek zorunda değildir. Gönderen bu gibi belgelerin bulunmaması, yetersiz olması veya usule aykırı oluşundan doğacak zarar, ziyan ve hasardan, taşıyıcıya karşı sorumlu olacaktır.⁴⁹ Ancak, taşıyıcının hatası veya ihmali görülen durumlar istisna tutulmuştur. Görüldüğü üzere CMR, TTK ve HGB'nin aksine, taşıma senedinin bulunmamasını da bir sorumluluk hali olarak düzenlemektedir.

3. Taşınan Malın Tehlikeli Olduğuna İlişkin Bildirimde Bulunmamak

a) Tehlikeli Eşya Tanımı ve Sorumluluğun Dayanağı

TTK m. 864/1'de üçüncü kusursuz sorumluluk hali olarak, gönderenin “tehlikeli malın bu niteliği hakkında bildirimde bulunmamış olması” durumu gösterilmiştir. Tehlikeli eşyanın ne olduğu konusunda TTK sessiz kalmıştır. Aynı şekilde CMR de tehlikeli eşyaya ilişkin bir tanım içermemektedir. Bu yolla tehlikeli eşya kavramına bir sınırlama getirilmek istenmediği ifade edilebilir. Böylelikle ortaya çıkan yeni tehlikeli eşya türleri de, “de jure” kapsam dışı kalmamış olacaktır.⁵⁰ Tehlikeli Malların Karayolu ile Taşınmasına İlişkin Avrupa Anlaşması (ADR)⁵¹ ise doğrudan bir tanım yapmak yerine tehlikeli eşyaya ilişkin bir listeye yer vermektedir.⁵²

⁴⁷ Aynı yönde: OETKER, § 414, Rn. 7.

⁴⁸ Taşıma senedinin CMR'de düzenlenmesine ilişkin olarak bkz: YEŞİLOVA, s. 237-273.

⁴⁹ CMR'nin bu hususta uygulanmasına ilişkin olarak bkz: KARAN, s. 204 vd.

⁵⁰ KARAN, s. 567; KIRAN, s.13.

⁵¹ *European Agreement concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Road.

⁵² Bu liste ADR Ek A Kısım 3. Bölüm 2'de yer almaktadır.

Karayolu Taşıma Yönetmeliği⁵³ ise “tehlikeli madde” tanımına yer vermektedir. Buna göre fiziksel ve kimyasal yapı ve nitelikleri bakımından patlayıcı, parlayıcı, yanıcı, yakıcı, kendi kendine veya kolayca ateş alıcı, zehirli ve radyoaktif maddeler ile bunların benzerleri tehlikeli madde sayılır (Karayolu Taşıma Yönetmeliği, m. 132/1). Bu tanım elbette TTK hükümlerinin yorumlanmasında yardımcı bir unsur olarak önem arz edebilecek ancak tehlikeli eşyanın tespiti ile ilgili sınırlayıcı bir etkiye sahip olamayacaktır.

Öğretide de farklı yazarlarca tehlikeli eşyanın tanımlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Yapılan bir tanıma göre tehlikeli eşya, doğal özelliği veya taşıma sırasındaki durumu nedeniyle genel emniyet ve düzene, canlı veya cansız tüm varlıklara, çevreye zarar verebilecek nitelikte olan, katı, sıvı veya gaz halinde bulunan maddelerdir.⁵⁴ TTK Gerekçesinde ise tehlikeli eşyanın genel anlayışa uygun ve nesnel olarak tanımlanması, tanımda genel anlayış kadar taşıyıcının da dikkate alınması ve onun ikaz edilmeyi bekleyebileceği eşya tehlikeli sayılması gerektiği belirtilmiştir. Gerekçede devamlı, tehlikeli eşyanın tanımında taşımaya ilişkin diğer uluslararası sözleşmelerle de bağlantı kurulmasının doğru olacağı ifade edilmiştir.⁵⁵ Kanaatimizce de tehlikeli eşyanın mevcut olup olmadığı incelenirken TTK m. 864/1-c’de düzenlenen sorumluluk durumunun temel amacının öncelikle taşıyıcıyı zarar ve giderlere karşı korumak olduğu göz önünde bulundurulmalı ve bu yöndeki amaçsal yorumla somut olayın şartlarına göre bir belirleme yapılmalıdır.

Gönderenin, eşyanın tehlikeli olduğuna ilişkin bildirimde bulunmaması halinde meydana gelebilecek kusursuz sorumluluk hali, dayanağını TTK m. 861’de bulmaktadır. Bu hükme göre tehlikeli eşya taşınacaksa gönderen, taşıyıcıya zamanında açık, anlaşılabilir içerikte ve yazılı şekilde, tehlikenin türü ve gerekiyorsa alınması gereken önlemler konusunda bildirimde bulunmakla yükümlüdür (TTK m. 861/1). Ancak eğer söz konusu olan eşya taşınma eşyası ise ve gönderen de tüketici ise, 861. maddeden farklı olarak, taşıyıcı sadece eşyadan kaynaklanacak tehlike hakkında genel olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme herhangi bir şekle bağlı değildir (TTK m. 896/2).

b) Kusursuz Sorumluluğun Ortaya Çıkması

Gönderen, taşınacak eşyanın tehlikeli mal olması halinde malın bu niteliğini taşıyıcıya bildirmekle yükümlüdür. Aksi takdirde bu yükümlülüğün

⁵³ RG: 18.07.1997, 23053 Mükerrer.

⁵⁴ Bkz: ASGAROV, s. 319; KARAMAN COŞGUN, dph. 10; KIRAN, s.14.

⁵⁵ TTK Madde Gerekçeleri, m. 861/1.

yerine getirilmemiş olmasından kaynaklan taşıyıcı zarar ve giderlerini kusuru olmasa da karşılamak durumunda kalacaktır (TTK m. 864/1-c). Kusursuz sorumluluğa ilişkin yaptırım gönderenin sadece tehlikeli malın varlığı ile ilgili bildirim yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde ortaya çıkmakta, ancak TTK m. 861/1'de öngörülen, alınması gereken önlemlerin bildirilmesinin ihmal edilmesi halinde söz konusu olmamaktadır.⁵⁶ Aynı şekilde taşıma sözleşmesinden doğan diğer bildirim yükümlülüklerinin ihlali de gönderenin kusursuz sorumluluğu kapsamında değerlendirilemeyecek⁵⁷ ancak bu hususta genel sorumluluk hükümlerine başvurulabilecektir.

Taşınacak eşyanın tehlikeli olduğuna ilişkin bildirim ihmal edilmesinin yanı sıra, verilen bilginin yanlış olması da gönderenin kusursuz sorumluluğuna yol açacaktır.⁵⁸ Bununla birlikte yanlış bilgi verilmesi ya da bildirim tamamen ihmal edilmesi ile meydana gelen zarar ya da giderler arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır.⁵⁹ Taşıyıcının tehlikeli malın bu niteliğini zaten biliyor olması gönderenin, TTK m.864/1-c kapsamındaki bildirim yükümlülüğünü ve dolayısıyla kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır.⁶⁰ Ancak bu durumda taşıyıcının tehlikeli malın varlığını bildiğine ilişkin ispat yükü gönderenin üzerinde olacaktır.

TTK m. 864/1-c, tehlikeli eşyaya ilişkin bildirim kime yapılması gerektiğine ilişkin herhangi bir belirlemede bulunmamaktadır. Ancak buradaki kusursuz sorumluluğun dayanağı olarak kabul ettiğimiz TTK m. 861/1'de bildirim yükümlülüğünün taşıyıcıya karşı yerine getirilmesi gerektiği açıkça hükme bağlanmıştır.

Tartışılması gereken hususlardan bir diğeri, bildirim yapılmamış olması halinde kusursuz sorumluluğun taşıyıcı dışında, zarar gören üçüncü kişilere karşı da söz konusu olup olmayacağıdır. Burada ifade edilen üçüncü kişilere, aynı araçla eşyası taşınan diğer gönderenler örnek gösterilebilir.⁶¹ TTK m. 864 açık bir şekilde kusursuz sorumluluk ile taşıyıcı zarar ve giderlerinin

⁵⁶ Alman hukuku için bkz: MüKoHGB/Thume, § 414 Rn. 13. Alınması gereken önlemler hakkında yeterli bilgilendirme yapılmaması halinde gönderenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin hükmün kıyasen uygulanabileceği hususunda bkz: KOLLER/KINDLER/ROTH/MORCK, § 414 Rn. 1.

⁵⁷ MüKoHGB/Thume, § 414 Rn. 13.

⁵⁸ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN, § 414, Rn. 23.

⁵⁹ MüKoHGB/Thume, § 414 Rn. 14; EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN, § 414, Rn. 7; OETKER, § 414, Rn. 8.

⁶⁰ MüKoHGB/Thume, § 414 Rn. 14.

⁶¹ KARAMAN COŞGUN, s. 281.

giderilmesi gerektiğinden bahsetmekte ve üçüncü kişileri bu kapsama dâhil etmemektedir. Elbette taşıyıcı dışındaki diğer zarar görenler genel sorumluluk hükümleri çerçevesinde gönderene ve taşıyıcıya yönelebileceklerdir.

TTK ve HGB gibi CMR de gönderenin, tehlikeli eşyaya ilişkin olarak taşıyıcıyı bilgilendirmesine ilişkin yükümlülüğünü hüküm altına almıştır. CMR m. 22/1'e göre, gönderen taşıyıcıya eşyayı teslim ettiğinde, kendisine tehlikenin gerçek özelliklerini bildirmekle yükümlüdür. Bununla birlikte eğer gerekiyorsa alınacak önlemleri de belirtmelidir. CMR belirtilen hususta gerekli bilgilendirmenin yapıp yapılmadığına ilişkin olarak ispat yükünün kimde olduğuna yönelik olarak da bir belirleme yapmaktadır. Buna göre eğer söz konusu bilgiler sevk mektubuna yazılmamış ise, bu yükü taşımanın oluşturduğu tehlikenin gerçek içeriğini taşıyıcının bildiğini başka yollarla kanıtlamak gönderen veya alıcıya düşer (CMR m. 22/1).

Belirtmek gerekir ki CMR'ye tabi taşımalarda⁶² da taşınan eşyanın tehlikeli olduğuna ilişkin bildirimde bulunulmamış olmasından dolayı gönderenin sorumluluğuna gidilebilmesi için gönderenin sözleşmeye aykırı davranışının kusurlu olması aranmamakta, bildirim ihmal edilmesi ile taşıyıcının katlandığı zarar arasında bir illiyet bağının varlığı yeterli görülmektedir.⁶³ CMR tehlikeli mala ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünün ihmal edilmesi halinde, tehlikeli yükün taşıyıcı tarafından herhangi bir yerde veya zamanda boşaltılabileceğini, imha edilebileceğini veya tazminat talep etmeksizin zararsız hale getirilebileceğini düzenlemektedir. Bundan başka gönderenin, bu çeşit yükün taşınmak üzere tesliminden veya taşınmasından doğacak bütün hasar ve ziyadan sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır (CMR m. 22/2).

4. Bilgi ve Belgelerin Eksikliği

Gönderenin kusursuz sorumluluğunun nedenlerinden sonuncusu olarak, TTK'nın 860. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen belge ve bilgilerdeki eksiklikler, gerçeğe aykırılıklar veya belge ya da bilgilerin yokluğu durumu gösterilmiştir (TTK m. 864/1-d). "*Refakat belgeleri*" kenar başlıklı 860. maddede ise gönderenin, eşyanın tesliminden önce, resmî nitelik taşıyan, özellikle gümrük işlemleri için gerekli bulunan bilgileri taşıyıcıya vermek ve söz konusu belgeleri taşıyıcının tasarrufuna bırakmak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır.

⁶² Hangi taşımaların CMR'ye tabi olduğu hususunda bkz: CMR m. 1 ve 2.

⁶³ KARAN, s. 572.

TTK 860. maddenin kaynağı CMR m. 11'dir. HGB m. 413 ise hükmün sınırlarının çizilmesinde dikkate alınmıştır.⁶⁴ CMR m. 11/1'de malların tesliminden önce tamamlanması gereken gümrük ve diğer formalitelerin yerine getirilmesi için, gönderenin, lüzumlu belgeleri sevk mektubuna iliştiirmesi yahut da taşıyıcıya vermesi ve taşıyıcının talep ettiği diğer bilgileri kendisine sağlaması gerektiği hüküm altına alınmaktadır. TTK m. 864/1-d'nin kaynağını teşkil eden CMR m. 11/2'de ise taşıyıcının belirtilen belgeler ve bilgilerin doğruluğunu ve yeterliliğini incelemek zorunda olmadığı belirtilmiştir. Hükmün devamında gönderenin taşıyıcıya karşı, belirtilen bilgi ve belgelerin bulunmaması, yetersiz olması veya usule aykırı oluşundan doğacak zarar, ziyan ve hasardan dolayı sorumlu olduğu düzenlenmiştir.

Refakat belge ve bilgilerinde herhangi bir eksiklik veya gerçeğe aykırılık olması ya da bu belge ve bilgilerin yokluğu taşıma faaliyetinin aksamasına yol açabilir. Bu durum da taşıyıcının, kendisinden kaynaklanmayan nedenlerle zarara uğramasına ve icra ettiği taşıma faaliyetinin sekteye uğramasına yol açabilir. Kanun koyucu burada taşıyıcı menfaatlerinin korunmasını gerekli görmekte ve bu hususta, kusuru olmasa dahi, gönderenin sorumlu olacağını hükme bağlamaktadır.

Refakat belgelerinin ne olduğu CMR'de de TTK'da da açıklanmıştır. Ancak bu belgelerden, taşıma esnasında eşya ile ilgili gümrük ve diğer formalitelerin ve resmi işlemlerin tamamlanabilmesi için varlığı aranan tüm belgelerin kastedildiği açıktır.⁶⁵ Bunlar, eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alınıp yine onun tarafından teslim edilene kadarki bütün taşıma aşamalarında idari makamlarca talep edilen ya da sorgusu yapılan gümrük beyannameleri, ayrıca sağlığa, güvenliğe, terminallere, polise ilişkin belge ve raporlar ve benzeri bilgi ve belgelerdir.⁶⁶ Bu belgelere; fatura, gümrük beyannamesi, bitkiler için bitki sağlık sertifikası, çeki listesi, hayvansal ürünler için veteriner sağlık sertifikası, tekele tabi ürünler için nakliye tezkeresi, standart kontrol belgesi, ihracat izin belgesi gibi belgeler örnek gösterilebilir.⁶⁷

TTK m. 864/1-d'de öncelikli olarak sayılan kusursuz sorumluluk nedeni yukarıda ifade edilen bilgi ve belgelerde orta çıkabilecek eksiklik halidir. Buna göre usulüne göre hazırlanmamış, gümrük ya da diğer resmi işlemlerin

⁶⁴ TTK Madde Gereççeleri m. 860.

⁶⁵ KARAN, s. 201.

⁶⁶ TTK Madde Gereççeleri, m. 860/1.

⁶⁷ KARAN, s. 201- 202.

eksiksiz olarak yerine getirilmesi için gerekli hususların tamamını içermeyen belgeler eksik sayılacaktır. Gönderenin sorumluluğu için mevcut bilgi ya da belgelerle resmi formalitelerin tamamlanamaması yeterli kabul edilecek, bilgi ve belgelerdeki yetersizliklerin fiilen kimden kaynaklandığı önem arz etmeyecektir.⁶⁸ Ancak taşıyıcı, kendisine verilen belgelerin zıyaından, hasarından veya yanlış kullanılmasından doğan zararlardan sorumlu olacaktır (TTK m. 860/2).

TTK m. 864/1-d'de sayılan diğer kusursuz sorumluluk nedeni TTK'nın 860. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen belge ve bilgilerdeki gerçeğe aykırılıklardır. Nitekim CMR m. 11/2'de düzenlendiği üzere taşıyıcı bu belge ve bilgilerin gerçeğe uygunluğunu incelemek gibi bir yükümlülüğe sahip değildir. Diğer bir ifadeyle, taşıyıcı ilgili bilgi ve belgelerin içeriğinin doğru olduğuna güvenerek onları teslim alır. Buna rağmen gerçeğe aykırılık durumundan dolayı taşıyıcının zarar görmesi halinde, gönderen bu zararı tazmin ile yükümlü olacaktır. Bilgi ve belgelerdeki gerçeğe aykırılıklar taşınan eşyanın nitelik ve nicelikleri ile ilgili olabileceği gibi gönderen ya da diğer ilgililere ilişkin de olabilir.

Son olarak, ilgili bilgi ve belgelerin yokluğu da gönderen açısından bir kusursuz sorumluluk nedeni olarak hükme bağlanmıştır. Burada kastedilen husus, var olan bir belge veya bilginin içerik itibari ile yetersizliği değil, gönderen tarafından taşıyıcıya hiç verilmemiş olması halidir. Nitekim mevcut belgelerin tamamı eksiksiz olarak tanzim edilmiş olsa dahi sadece bir belgenin yokluğu resmi formalitelerin yerine getirilmesini engelleyebilecek ve taşıma faaliyetini durdurabilecek, diğer bir deyişle, taşıma engeline yol açabilecektir.

Diğer kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu gibi burada da, tazminat yükümlülüğü için, belirtilen nedenlerden dolayı taşıyıcının zarar ya da giderlerinin oluşması şarttır. Ayrıca bilgi ya da belgelerdeki yokluk, eksiklik ya da gerçeğe aykırılıklar ile meydana gelen zarar ya da gider arasında bir illiyet bağının da mevcut olması gerekli olacaktır.⁶⁹

V. Sorumluluğun Sınırlandırılması

TTK yukarıda ele aldığımız kusursuz sorumluluk hallerini gönderen açısından sınırsız olarak düzenlememiştir. Gönderenin belirtilen durumlarda sorumlu olduğu tazminat miktarı, gönderenin net olmayan ağırlığının her

⁶⁸ KARAN, s. 204.

⁶⁹ KARAN, s. 205.

kilosu için 8,33 özel çekme hakkı⁷⁰ ile sınırlı tutulmuştur (TTK m. 864/2). TTK m. 882/4'e göre özel çekme hakkı, eşyanın taşıma amacıyla taşıyıcıya teslim edildiği tarihteki veya taraflarca kararlaştırılan diğer bir tarihteki, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nca belirlenen değerine göre Türk Lirasına çevrilecektir.

TTK'daki kusursuz sorumluluğun 8,33 Özel Çekme Hakkı ile sınırlandırılmasına ilişkin hükmün kaynağı HGB idi. Ancak, yukarıda da değindiğimiz üzere, HGB § 414/2'te yer alan bu sınırlama uluslararası düzenlemelerde böyle bir kısıtlamanın benzerinin bulunmadığına yönelik doktrinindeki eleştiriler de göz önünde bulundurularak yürürlükten kaldırıldı.⁷¹ TTK, HGB'de yapılan bu değişikliğe uygun hale getirilmemiştir. Belirtmek gerekir ki, Almanya'da sorumluluk üst sınırlarının genel işlem şartlarında⁷² belirlenmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır.⁷³

HGB ile TTK arasındaki bu farklılaşmaya rağmen her iki kanun da bazı istisnalarla, taşıyıcının sorumluluğunu gönderinin net olmayan ağırlığının her bir kilogramı için 8,33 Özel Çekme Hakkını karşılayan tutar ile sınırlamaktadır (TTK m. 882/1; HGB § 431). Böylelikle TTK'daki düzenlemenin gönderen ile taşıyıcı menfaatleri arasında bir denge oluşturduğu söylenebilir. HGB'deki durumun ise gönderenin aleyhine olduğu açıktır. TTK m. 885/1 hükmünde sorumluluktan kurtuluş hâllerinin ve sınırlamalarının, gönderen veya gönderilenin, zıya, hasar veya gecikme nedeniyle taşıyıcıya yöneltebileceği, sözleşme dışı istemleri için de geçerli olacağını düzenlenmektedir.

Gönderenin kusursuz sorumluluğunun kısıtlanmasına ilişkin olarak ifade edilmesi gereken bir başka husus, ilgili sorumluluğun sadece taşıyıcıya karşı olduğudur.⁷⁴ Diğer bir ifade ile üçüncü kişiler, örneğin aynı araçla eşyası taşınan diğer gönderenler, zarar görmüş olsalar dahi, gönderene karşı TTK m. 864 hükmüne dayanmak suretiyle hak talebinde bulunamayacaklardır. Ne var ki üçüncü kişi zarar ve giderlerinin gönderen tarafından TTK m. 864

⁷⁰ Özel çekme hakkı (SDR) bir döviz sepeti olarak tanımlanmaktadır ve bu sepet günümüzde Euro, Japon Yeni, İngiliz Sterlini ve Amerikan Dolarından oluşmaktadır. SDR'nin Amerikan Doları cinsinden değeri IMF'nin web sitesinde günlük olarak yayınlanmaktadır. Bu değer, söz konusu dört para biriminin ilgili miktarlarının Amerikan Doları cinsinden değerlerinin toplamına eşittir ve bu hesaplamada Londra piyasasında o gün öğlen saatinde geçerli olan döviz kurları kullanılmaktadır.

⁷¹ KUMPAN/MERKT/ROTH, § 414, Rn 3.

⁷² AGB- Allgemeine Geschäftsbedingungen.

⁷³ Bkz: HGB § 449/II/2; Ayrıca bkz: KUMPAN/MERKT/ROTH, § 414, Rn 3.

⁷⁴ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN, § 414, Rn. 28.

temelinde taşıyıcı üzerinden dolaylı olarak tazmini söz konusu olabilecektir. Çünkü üçüncü kişiler, kusursuz sorumluluğa ilişkin nedenlerden dolayı meydana gelen zarar ve giderlerden dolayı taşıyıcıya yönelebileceklerdir. Bu durumda da taşıyıcının gönderene karşı tazminini talep edebileceği doğrudan bir zararı söz konusu olabilecektir.⁷⁵

VI. Taşıyıcının Ortak Sorumluluğu

Kanun koyucu TTK m. 864 kapsamında gönderenin ödemekle yükümlü olacağı tazminat miktarının hesaplanmasında ortak sebebiyet verme durumunun da göz önünde bulundurulması gerektiğini hükme bağlamaktadır. Buna göre, gönderenin kusursuz sorumluluğuna yol açan hallerde, zararın veya giderlerin doğmasında taşıyıcının davranışları da etkisi olmuşsa, tazmin yükümlülüğü ile ödenecek tazminatın kapsamının belirlenmesinde, bu davranışların ne ölçüde etkili oldukları da dikkate alınmalıdır (TTK m. 864/3).

Belirtmek gerekir ki burada vurgulanan husus kusur değil, “etki etme” ya da “yol açma” durumudur.⁷⁶ Nitekim hükmün gerekçesinde de ortak etkinin ortak kusuru ifade etmeyeceği belirtilmektedir.⁷⁷ Gerçekten de hükmün gönderenin kusursuz sorumluluğunu düzenlemiş olması karşısında “ortak kusur” durumundan bahsedilemeyecektir.⁷⁸

Taşıyıcının ortak sorumluluğuna yol açabilecek durumlara; taşıyıcının taşıma senedini hatalı doldurması, bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi⁷⁹ ya da kendi riziko alanında yeterli derecede diğer gerekli tedbirleri almamış olması örnek gösterilebilir. Ayrıca taşıyıcının, TTK m. 864/1'de belirtilen gönderen hatalarını fark etmesine rağmen bu konuda göndereni bilgilendirmemesi de kendisinin ortak sorumluluğunu doğurabilecektir.⁸⁰ Ortak etkinin, tazminatın kapsamının belirlenmesinde nasıl ve ne ölçüde dikkate alınacağı somut olay incelemesi kapsamında mahkemenin takdirinde olacaktır.

⁷⁵ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN, § 414, Rn. 28.

⁷⁶ Nitekim Alman öğretisinde de “*Mitverschulden*” (ortak kusur) ifadesi yerine “*Mitverursachung*” (ortak sebep olma / yol açma) ya da “*Mitverantwortlichkeit*” (ortak sorumluluk) ifadeleri kullanılmaktadır. Bkz: *Mitverursachung* için: MüKoHGB/Thume, § 414 Rn. 22; BAUMBACH/HOPT, § 414, Rn. 4D. “*Mitverantwortlichkeit*” için: EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN, § 414, Rn. 30; OETKER, § 414, Rn. 12.

⁷⁷ TTK Madde Gerekçeleri, m. 864/3.

⁷⁸ MüKoHGB/Thume HGB § 414 Rn. 22.

⁷⁹ BAUMBACH/HOPT, § 414, Rn. 4D.

⁸⁰ MüKoHGB/Thume HGB § 414 Rn. 22.

Taşıyıcı ayrıca, basiretli bir tacir olmanın gerektirdiği ölçüde zararın çoğalmaması için gerekli çabayı göstermekle yükümlüdür. Örneğin ambalajda dışarıdan görünmeyen bir eksiklik nedeniyle eşyanın kendisinin ve taşınan diğer eşyaların bir zarara uğradığının tespiti halinde basiretli bir taşıyıcı gibi hareket ederek, zararın yayılmaması ve artmaması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.⁸¹ Bu özen gösterilmediğinde taşıyıcının ortak sorumluluğu ortaya çıkabilecektir.

VII. Tüketiciler açısından durum

Kanun koyucu gönderenin kusursuz sorumluluğu konusunda tüketici açısından bir istisna öngörmüştür. Buna göre gönderenin tüketici olması halinde, taşıyıcıya karşı sorumluluk ancak gönderenin kusuru hâlinde ortaya çıkabilecektir. Ancak bu durumda da tüketici olan gönderenin sorumluluğu 8,33 Özel Çekme Hakkı ile sınırlı olacaktır (TTK m. 864/4). Zararın veya giderlerin doğmasına etki eden taşıyıcı davranışları yine burada da ödenecek tazminatın kapsamının belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

Böylelikle gönderenin tüketici olduğu durumlarda kusura bağlı sorumluluk söz konusudur. Dolayısıyla burada tüketicinin korunmasına hizmet eden bir ayrıcalıktan söz etmek yanlış olmayacaktır.⁸² Böyle bir ayrıcalıktan kimin faydalanabileceği sorusuna da TTK, Alman Medeni Kanunu (BGB) § 13'ü mehz alarak ve 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3/1- f hükmü ile uyumlu olarak yaptığı tüketici tanımıyla cevap vermektedir. Buna göre tüketici, sözleşmeyi ticari veya meslekî faaliyeti ile ilgili olmayan bir amaçla yapan bir gerçek ya da tüzel kişidir.

Ancak ilgili tanımda TTK'nın, tüzel kişinin de tüketici olarak değerlendirilmesine olanak sağlamak suretiyle, BGB'den farklılaştığı görülmektedir. Böylelikle tüketici kavramı, kişinin hukuki niteliği yerine, yapılan taşıma sözleşmesinin ticari ya da mesleki bir amaca yönelik olup olmadığı hususuna sonuç bağlamaktadır. Bu durumda tüzel kişilere, "özel sahalari" ile ilgili olarak "tüketici koruması" sağlanmaktadır. Belirtmek gerekir ki TTK m. 19 vd. hükümleri çerçevesinde tüzel kişi tacirlerin adi iş sahalarının olmadığı, diğer bir ifade ile bütün işlerinin ticari faaliyetleriyle ilgili olduğu genel kabul gören bir husustur. Bu durumda ilgili istisna tacir tüzel kişiler açısından söz konusu olmayacaktır.

⁸¹ ADIGÜZEL, Sorumluluk, 171.

⁸² MüKoHGB/Thume, § 414, Rn. 29.

Taşıma işinin mesleki ya da ticari faaliyet ile mi yoksa özel alan ile mi ilgili olduğu hususunda, gönderenin iradesine değil, somut olayın şartları incelenmek suretiyle taşıma sözleşmesinin amaçsal yorum çerçevesinde belirlenen içeriğine bakılmalıdır.⁸³ Gönderen sıfatıyla tüketicinin kusurlu olduğunu ispatlamak ise elbette yine taşıyıcının yükümlülüğünde olacaktır.

TTK m. 864 kapsamında tüketicinin sorumlu olacağı durumlar kısıtlı olacaktır. Çünkü TTK'nın eşya taşımaya ilişkin m. 856 vd. hükümleri kapsamında icra edilen taşıma faaliyetleri önemli ölçüde gönderenlerin ticari ya da mesleki faaliyetleri kapsamında olmaktadır. Buna karşın taşınma eşyası taşınmasına ilişkin TTK m. 894 vd. hükümlere tabi taşımalarda tüketicinin gönderen sıfatıyla eşya taşıttırması daha muhtemeldir. Taşınma eşyası taşınmasında sorumluluk, gönderenin tacir veya tüketici olması durumuna göre farklılık arz etmektedir.⁸⁴ TTK m. 894'te yapılan atıf gereği kural olarak taşınma eşyasının taşınması hususunda da TTK m. 864 hükmü uygulanacak olmakla birlikte gönderenin tüketici olduğu durumlarda, taşınma eşyasının ambalajlanması ve işaretlenmesi gibi taşıma ile ilgili diğer işlerin yerine getirilmesi taşıyıcının yükümlülüğünde olacaktır (TTK m. 895/2). Ayrıca hem tacir hem de tüketici gönderenin, vermiş olduğu her türlü zarar nedeniyle taşıyıcıya karşı tazminat sorumluluğu, taşıma sözleşmesinin ifası için gerekli olan yükleme hacminin her bir metreküpü için taşıma eşyalarında 1,500 Özel Çekme Hakkı tutar ile sınırlandırılmıştır (TTK m. 897).⁸⁵

TTK m. 864/4 kapsamında düzenlenen istisnanın tüketicinin korunmasına hizmet ettiği açıktır. Nitekim en azından tacir olmayan bir tüketiciden, basiretli bir tacir gibi davranıp TTK 864. madde hükmünde aranan özeni beklemek doğru olmayacaktır.⁸⁶ Ne var ki buradaki koruyucu hükmün taşıyıcının aleyhine olduğu ve riskini arttırdığını söylemek de yanlış olmayacaktır. Çünkü taşıyıcının, tespit edilmesi başlı başına bir zorluk olan "gönderen kusurunu" ispatlayamadığı durumlarda, sadece kendi zarar ve giderlerine katlanmak durumunda kalmayacak, üçüncü kişilere de tazminat ödemekle yükümlü olabilecektir. Bu bakış açısıyla, tüketici ile eşya taşınmasına ilişkin hükümler kapsamında taşıma sözleşmesi yapmanın taşıyıcı açısından önemli riskler barındırdığını söylemek yanlış olmayacaktır.⁸⁷

⁸³ MüKoHGB/Thume, § 414, Rn. 31.

⁸⁴ TOPSOY, s. 31.

⁸⁵ Ayrıca bkz: TOPSOY, s. 32.

⁸⁶ Bu konuda ayrıca bakınız: KIRAN, s.92.

⁸⁷ Bu bağlamda ayrıca bkz: KIRAN, 78vd.

VIII. Sorumluluğa İlişkin Diğer Şartlar

TTK, 864/1 madde hükmünde belirtilen nedenlerden dolayı oluşacak zarar ve giderlerin tazminine ilişkin olarak, gönderenin kusursuz sorumluluğunu sadece taşıyıcıya karşı düzenlemektedir. Tıpkı CMR uygulamasında olduğu gibi⁸⁸ taşıyıcının adamları ya da diğer yüklerle ilgili olanlar dâhil üçüncü kişiler kusursuz sorumluluğa ilişkin hükme dayanarak gönderene karşı hak talebinde bulunamayacaklardır. Ancak bu kişiler haksız fiile ilişkin genel hükümlerden faydalanabileceklerdir.⁸⁹

Gönderenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi için ayrıca, gönderen ile taşıyıcı arasında taşıma sözleşmesine dayalı hukuki bir ilişkinin varlığı, TTK 864/1'de belirtilen ihlallerin tespiti, zarar ya da giderin ispatı ve sonuç olarak ilgili ihlaller ile zarar ya da gider arasındaki uygun illiyet bağının bulunması gerekli ve yeterli olacaktır. Belirtmek gerekir ki, gönderenin TTK m. 864/1'de belirtilen hususlar açısından gerekli özeni göstermiş olması, diğer bir ifade ile bu konuda kusurunun bulunmaması onu sorumluluktan kurtaramayacaktır. Sorumluluk için önemli olan, meydana gelen zarar ya da giderin belirtilen nedenlerden, örneğin yetersiz ambalajlama ya da işaretlemeyen kaynaklanmasıdır. Ancak örneğin zararın taşıyıcının taşıma aracında meydana gelen teknik sorunlardan kaynaklandığı durumlarda gönderen sorumlu tutulamayacaktır.

Gönderenin kusursuz sorumluluk hallerine ilişkin yükümlülüklerini ihlal ettiğine ilişkin ispat yükü taşıyıcıda olacaktır. Taşıyıcı aynı zamanda zarar ve giderlerini de kanıtlamak durumundadır. Buna karşın zarar ve giderlerin meydana gelmesinde taşıyıcının da sorumlu olduğunu kanıtlamak gönderenin yükümlülüğünde olacaktır.⁹⁰

IX. Sonuç

Taşıma hukukuna ilişkin hususların toplandığı “taşıma işleri” başlıklı TTK'nın yeni kitabı, ilk kez düzenlenen bazı hükümlere de yer vermektedir. Bunlardan birisi olan TTK m. 864 hükmüne göre, gönderen belirli durum ve şartlarda kusuru bulunmasa dahi, taşıyıcının zararlarını ve giderlerini tazminle yükümlü olacaktır. İlgili hükümde kusursuz sorumluluk halleri olarak, yetersiz ambalajlama ve işaretleme; taşıma senedine yazılan bilgilerdeki gerçeğe aykırılıklar ile yanlışlık ve eksiklikler; tehlikeli malın bu niteliği hakkında

⁸⁸ Bkz: KARAN, s. 193.

⁸⁹ Aynı doğrultuda: KARAN, s. 193.

⁹⁰ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN, § 414, Rn. 29.

bildirimde bulunmama ve son olarak TTK'nın 860. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen belge ve bilgilerdeki eksiklikler, gerçeğe aykırılıklar veya belge ve bilgilerin yokluğu sayılmıştır. Bu hükmün kaynağı Alman Ticaret Kanunu (HGB) ve onun dayandığı Budapeşte Konvansiyonudur (CMNI).

Taşıyıcı, TTK m. 864/1'de ifade edilen ihlal hallerinde, bu hükme dayanarak hem bizzat ve doğrudan maruz kaldığı, hem de üçüncü taraflara karşı ilgili ihlaller neticesinde üstlenmek zorunda kaldığı zarar ve giderlerin tazminini, gönderenden talep edebilecektir. Böylelikle taşıyıcı lehine ihdas edilen bu etkin koruma sayesinde gönderen, kendisi ile sözleşme ilişkisi içerisinde bulunan ve taşınacak eşyanın hazırlık aşamasında rol alan yardımcı kişilerin hatasını öne sürmek suretiyle sorumluluktan kurtulamayacaktır. Nitekim TTK m. 864'ün diğer sorumluluk hükümlerine göre özel hüküm statüsünde olduğunu kabul etmek gerekir.

TTK m. 864/1 kapsamında gönderenin kusursuz sorumluluk hallerinden ilki olarak yetersiz ambalajlama ve işaretleme sayılmaktadır. TTK'ya tabi taşımalarda, taraflar aksini kararlaştırmadıkları müddetçe, eşyanın ambalajlanması kural olarak gönderene ait bir görevdir. Dolayısıyla gönderen ambalajlama işlemini, taşınacak olan eşyanın taşıyıcıya zarar vermesini önleyecek şekilde, ayıpsız ve eksiksiz bir şekilde gerçekleştirmek zorundadır. Taşınan eşyanın ambalajından akmasına, sızmasına, taşmasına, ya da eşyanın kırılmasına, dökülmesine veya herhangi bir şekilde hasara veya ziyaa maruz kalmasına ya da yol açmasına neden olacak ambalajlama yetersiz bir ambalajlama olacaktır. Taşınacak eşyanın dış görünüş itibari ile iyi durumda ve taşıma senedinde gösterildiği şekilde olduğu karine olarak kabul edilir. Bunun aksini iddia edecek olan taşıyıcı ispat yükünü taşıyacaktır.

Kanun koyucu gönderenin kusursuz sorumluluk hallerinden bir diğeri olarak, “taşıma senedine yazılan bilgilerdeki gerçeğe aykırılıklar ile yanlışlık ve eksikleri” saymıştır. TTK taşıma senedini kıymetli evrak olarak değil, bir ispat aracı olarak düzenlemektedir. TTK'ya tabi taşımalar açısından taşıma senedinin hazırlanması bir zorunluluk olarak öngörülmemiştir. Bu nedenle taşıma senedinin tanzim edilmiş olması, gönderenin taşıma senedine yazılan bilgilere ilişkin kusursuz sorumluluğunun ön şartı olacaktır. “Eksiklik” taşıma senedindeki “yetersizliğe” işaret etmektedir. Taşıma senedine yazılan bir bilginin gerçeğe aykırı olması ise, ilgili bilginin ilişkili olduğu hususta doğru olmayan bir içeriğe sahip olması anlamına gelir. Kanun koyucunun, Alman HGB'nin mehaz § 414'ün 2. paragrafından farklı olarak, kusursuz sorumluluk

nedeni olarak taşıma senedindeki “gerçeğe aykırılık” halinin yanında “yanlışlık” durumunu da saymış olması ilginçtir. TTK m. 857/2 çerçevesinde taşıma senedine eklenmiş olan ihtiyari bilgilerin de eksik, yanlış ya da gerçeğe aykırı olması durumu kusursuz sorumluluğa yol açabilecektir.

“Tehlikeli malın bu niteliği hakkında bildirimde bulunmamış olma” durumu TTK m. 864/1’de sayılan üçüncü kusursuz sorumluluk halidir. Gönderenin, eşyanın tehlikeli olduğuna ilişkin bildirimde bulunmaması halinde meydana gelebilecek kusursuz sorumluluk hali, TTK m. 861’e dayanmaktadır. Kanaatimizce kusursuz sorumluluğa ilişkin yaptırım gönderenin sadece tehlikeli malın varlığı ile ilgili bildirim yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde ortaya çıkmakta, ancak bu yaptırım TTK m. 861/1’de öngörülen, alınması gereken önlemlerin bildirilmesinin ihmal edilmesi halinde söz konusu olmamaktadır. Ayrıca tehlikeli eşyaya ilişkin olarak taşıma sözleşmesinden doğan diğer bildirim yükümlülüklerinin ihlali de gönderenin kusursuz sorumluluğu kapsamında değerlendirilemeyecektir.

TTK’nın 860. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen belge ve bilgilerdeki eksiklikler, gerçeğe aykırılıklar veya bu belge ya da bilgilerin yokluğu, gönderenin kusursuz sorumluluğunun nedenlerinden sonuncusu olarak gösterilmiştir. Usulüne göre hazırlanmamış, gümrük ya da diğer resmi işlemlerin eksiksiz olarak yerine getirilmesi için gerekli hususların tamamını içermeyen belgeler eksik sayılacaktır. Bilgi ve belgelerin yokluğundan kastedilen şey ise, var olan bir belge veya bilginin içerik itibari ile yetersizliği değil, gönderen tarafından taşıyıcıya hiç verilmemiş olması halidir.

TTK, gönderenin kusursuz sorumluluğunu gönderinin net olmayan ağırlığının her kilosu için 8,33 özel çekme hakkı ile sınırlı tutmuştur. Ayrıca gönderenin kusursuz sorumluluğuna yol açan hallerde, zararın veya giderlerin doğmasında taşıyıcının davranışları da etkisi olmuşsa, tazmin yükümlülüğü ile ödenecek tazminatın kapsamının belirlenmesinde, bu davranışların ne ölçüde etkili oldukları da dikkate alınacaktır. Bu çerçevede taşıyıcı basiretli bir tacir olmanın gerektirdiği ölçüde zararın çoğalmaması için gerekli çabayı gösterme yükümlülüğü altındadır.

TTK son olarak, gönderinin kusursuz sorumluluğu konusunda tüketici açısından bir istisnaya yer vermektedir. Tüketici TTK m. 864/1 hükmünde belirtilen nedenlerden dolayı ancak kusurunun ispatı halinde sorumlu tutulabilecektir. Bu durumun da taşıyıcının aleyhine olduğu ve riskini arttırdığı açıktır.

Gönderenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi için gönderen ile taşıyıcı arasında taşıma sözleşmesine dayalı hukuki bir ilişkinin var olması gerekir. Ayrıca, TTK 864/1'de belirtilen ihlaller ile zarar ya da giderin taşıyıcı tarafından kanıtlanması ve ilgili ihlaller ile zarar ya da gider arasında uygun bir illiyet bağının bulunması şarttır. Gönderen ise zarar ve giderlerin meydana gelmesinde taşıyıcının da sorumlu olduğunu hususunda ispat yükünü taşımaktadır.

KAYNAKÇA

ADIGÜZEL, Burak, Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Zıya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu, b.2, 2012 (Sorumluluk).

ADIGÜZEL, Burak, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Fiili Taşıyıcı ve Fiili Taşıyıcının Sorumluluğu, İÜHFİM, C.LXXI, Sa.2, s. 3-20 (Fiili Taşıyıcı).

ADIGÜZEL, Burak, Multidonal Taşımalarda Taşıyıcının (MTO) Sorumluluğu, b.1, Ankara, 2015 (MTO).

ASGAROV, Natig, Gönderenin Taşıma Sözleşmesi Gereğince Tehlikeli Eşya Hakkında Beyanda Bulunması, BATİDER, C XXVIII, Sa.2, s.297-322.

AYDIN, Alihan, CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, b.1, İstanbul, 2002.

BAUMBACH, Adolf/ HOPT, Klaus J., Handelsgesetzbuch: HGB, b.36, 2014.

EBENROTH, Carsten Thomas/ BOUJONG Karlheinz/ JOOST, Detlev/ STROHN, Lutz, Handelsgesetzbuch (HGB), C.2, 2009.

KARAMAN COŞGUN, Özlem, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu İle CMR Konvansiyonu Hükümlerinin Karşılaştırılması, İpek Yolu Canlanıyor, Türk - Çin Hukuk Zirvesi, 2013, s. 274-295.

KARAN, Hakan, Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon, CMR Şerhi. Ankara, 2011.

KIRAN, Süleyman, Karayoluyla Tehlikeli Eşya Taşınması. Ankara, 2015.

KOLLER, Ingo/ KİNDLER, Peter/ ROTH, W.-H./ MORCK, Winfried, Handelsgesetzbuch, 2015.

KUMPAN, Cristoph./ MERKT, Hanno/ ROTH, Markus, Handelsgesetzbuch: HGB, 2014.

OETKER, Hartmut Karl-Heinz, Kommentar zum Handelsgesetzbuch (HGB), b.3, 2013.

THUME, K.-H., Münchener Kommentar zum HGB (MüKoHGB/ Thume), C.7, b.3, 2014.

TOPSOY, Fevzi, Taşıma Eşyası Taşımlarında Taşıyıcının Özel Yükümlülükleri, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, s. 21-46.

TÜZÜNER, Özlem, Karayoluyla Eşya Taşıma Sözleşmesinin Hukukî Niteliği Ve İş Görme Amacı Güden Sözleşmelerle İlişkisi, TBB Dergisi, Sa.101, s. 167-196.

YEŞİLOVA, Ecehan, CMR - Taşıma Senedinin İspat Kuvveti, DEÜHFD, C.7, Sa.1, s. 237-273.

TOPLU İŞ UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE YÜKSEK HAKEM KURULUNA BAŞVURMA VE ÖZEL HAKEME BAŞVURMA

Ekin SÖKMEN GÜLER*

ÖZET

Toplu iş uyuşmazlıkları sistemimizde tarafların grev ve lokavta başvurması en son çare olarak benimsenmiştir. Uyuşmazlığın çözümü aşamasında tarafların, grev ve lokavta başvurmadan önce arabuluculuğa ve/veya zorunlu ya da ihtiyari tahkime başvurması esastır. Uyuşmazlıkların barışçıl çözüm yöntemlerinden biri olan uyuşmazlığın hakemler eliyle çözülmesi, diğer bir deyişle tahkim, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'muzda zorunlu tahkim ve ihtiyari tahkim olarak iki şekilde düzenlenmiştir. Zorunlu tahkime aynı zamanda Yüksek Hakem Kurulu'na başvurma da denilmektedir. Bu uyuşmazlığın çözüm yöntemine, özellikle grev ve lokavta başvurulamayan hallerde rastlanmaktadır ve bu hallerde uyuşmazlığın çözümü için tahkime başvurmak zorunludur. İhtiyari tahkime ise özel hakeme başvurma da denilmektedir. Adından da anlaşıldığı üzere bu çözüm yöntemine başvurma zorunlu değil tarafların iradesine bağlıdır.

Anahtar Kelimeler: Toplu iş uyuşmazlığı, zorunlu tahkim, Yüksek Hakem Kurulu, özel hakeme başvurma, ihtiyari tahkim.

APPLICATION TO THE HIGH BOARD OF ARBITRATION AND RECOURSE TO SPECIAL ARBITRATION FOR THE SETTLEMENT OF COLLECTIVE LABOUR DISPUTES

ABSTRACT

Going on strike and lock out is adopted as the last resort –ultima ratio- in our collective labour dispute resolution system. During the dispute resolution period, it is fundamental that the parties should primarily refer to mediation and/or compulsory or voluntary arbitration before going on strike and lock out. Settlement of disputes by arbitration, as one of the methods of peaceful dispute resolution, is regulated in the Law on Trade Unions and Collective Labour Agreements (no. 6356) in two ways: compulsory arbitration and voluntary arbitration. Compulsory arbitration is also called as application to the High Board of Arbitration. Compulsory arbitration is especially applied when it is not possible to go on strike and lock out; and at that time, it is mandatory by law to refer to arbitration for resolution of collective dispute. On the other hand, voluntary arbitration is also called as recourse to special arbitration. Applying to that resolution method on the contrary of compulsory arbitration is not mandatory but depend on parties' will.

Keywords: collective labour dispute, compulsory arbitration, High Board of Arbitration, recourse to special arbitration, voluntary arbitration

* Arş. Gör., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk ABD.

GİRİŞ

Toplu iş uyuşmazlıklarının çözüm yolları çok çeşitli olmakla beraber uyuşmazlıkların çözüm alternatifleri de ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde ülkemizde uygulanan sistem ise kısmi serbesti sistemi olarak kabul edilmektedir.¹ Bu sisteme göre taraflar, esas itibariyle uyuşmazlığın çözümünde serbest bırakılmalarına rağmen, yine de tarafların bu serbestliklerine bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Kısmi serbesti sisteminde tarafların bir takım barışçıl çözüm yollarına başvurmaları zorunlu kılınmıştır. Örneğin bu sisteme göre tarafların grev veya lokavta başvurmadan önce uyuşmazlığı arabulucuya veya uzlaştırmaya götürmeleri şarttır.² 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunumuzda (STİSK) da uyuşmazlıkların temel olarak barışçıl yöntemlerle çözümlenmesine ağırlık verilmiş, grev ve lokavta ise en son çare olarak başvurulması düzenlenmiştir. Kanunumuzda uzlaştırma sistemi benimsenmezken, grev ve lokavta başvurmadan önce işletilmesi zorunlu bir sistem olarak arabuluculuk sistemine yer verilmiştir. Öte yandan barışçıl çözüm yollarından bir diğeri ise uyuşmazlığın hakemler eliyle çözülmesi, başka bir deyişle uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüme kavuşturulması yöntemidir. Tahkim yoluna, iş hukuku sisteminde özellikle toplu iş hukuku kapsamında rastlanmaktadır.³ 6356 sayılı Kanunumuza göre toplu iş hukukunda tahkim, zorunlu (kanuni) tahkim ve ihtiyari tahkim olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Zorunlu tahkim yoluna aynı zamanda Yüksek Hakem Kurulu'na (YHK) başvurma, ihtiyari tahkime ise özel hakeme başvurma yolu denmektedir. Esasen tahkim yolunun niteliği gereği bir uyuşmazlığın hakem eliyle çözüme kavuşturulması tarafların anlaşmasına bağlı olsa da bazı durumlarda tahkime gidilmesi zorunluluk arz edebilir.⁴ İşte toplu iş uyuşmazlıklarında zorunlu tahkim, yani Yüksek Hakem Kurulu'na başvurma da bu tür bir uygulamaya örnek olarak gösterilebilir. Zorunlu tahkimde, tarafların isteklerine bakılmaksızın bir yasa hükmü gereğince tahkime gidilir.⁵ Bu sebeple özgün niteliğinden ötürü ilk olarak toplu iş uyuşmazlıklarında Yüksek Hakem Kurulu'na başvurma incelenecektir. Bu incelemeyi sonra ise diğer bir barışçıl çözüm yolu olan özel hakeme başvurma konusu ele alınacaktır.

¹ NARMANLIOĞLU, s. 503.

² NARMANLIOĞLU, s. 502.

³ EVREN, s. 196.

⁴ BATUR, s. 124.

⁵ TUNCAY/SAVAŞ, s. 313.

A. Toplu İş Uyuşmazlıklarında Yüksek Hakeme Başvurma

Yukarıda da belirtildiği gibi YHK'na başvurma, başka bir deyişle zorunlu tahkim, yasa hükmü gereğince başvuru ve içinde zorunluluk barındıran bir tahkimdir.⁶ Zorunlu tahkime başvurulması için tarafların aralarında anlaşması değil, uyuşmazlığın yanlarından sadece birinin de yasal tahkime başvurusu yeterlidir. Bu husus, YHK'na başvurmayı özel hakeme başvurmadan ayıran en önemli husustur.

Toplu iş hukukunda yer alan zorunlu tahkim sistemi bazı ILO normlarıyla çatışması açısından eleştirilmektedir.⁷ Esas olarak taraflara toplu iş uyuşmazlığını çözemedikleri halde yasal tahkimin zorunlu olarak dayatılması serbest toplu pazarlık ilkesine aykırı olsa da, bazı temel işler ve işyerlerinde kamu güvenliği ve sağlığı nedeniyle grev hakkı sınırlandırılabilir ve bu gibi işlerde uyuşmazlığın çözümü için zorunlu tahkim öngörülebilir.⁸ Anayasa m. 54/4, grev ve lokavtın yasaklanabileceği durumların kanunla belirleneceğini belirtmiş ve aynı maddenin beşinci fıkrasında da grev ve lokavt yasakları olan hallerde uyuşmazlıkların YHK eliyle çözüleceğini belirtmiştir. Böylece anayasa, yasa koyucuya bir takım işler ve yerler için grev ve lokavt yasağı koyabilme imkânı tanımıştır.⁹

I. Yüksek Hakem Kurulu'na Başvurmanın Şartları

1. Grev ve Lokavtın Yapılamayacağı Bir Durumun Varlığı

Grev ve lokavtın yapılamayacak olduğu her durum zorunlu tahkime gitmeyi gerektirmez.¹⁰ Bazı hallerde grev ve lokavta başvurma sadece gecikmiş olur. Bu durumlarda geçici bir yasak söz konusudur. Örneğin, grev

⁶ TUNÇOMAĞ/CENTEL s. 421.

⁷ "...Öteden beri Türk iş hukukunda yer alan tahkim sistemi işçi sendikalarının barışçı çözüm yollarıyla toplu iş sözleşmesini bağitlamaları için bir tehdit (yetkinin düşmesi) mekanizması olarak düşünölmüştür. Ayrıca zorunlu tahkimin çözüme bağlayacağı iş uyuşmazlıklarının alanı oldukça geniş tutulmuştur. Bu durum ILO normlarıyla çelişmektedir. ILO'ya göre tarafların anlaşması olmaksızın, toplu iş uyuşmazlığının, grev olmaksızın kendilerini bağlayıcı bir hukuki karara dayandığından grev hakkının ortadan kaldırılması için makul gerekçelere dayanmalı ve uyuşmazlık gönüllü tahkimle çözülemeyecek hallerde başvurulmalıdır. ILO denetim organlarına göre toplu iş uyuşmazlığının, zorunlu tahkime götürülebilmesi için, uyuşmazlık neticesinde greve gidildiği takdirde yaşamı, kişi güvenliğini veya nüfusunu tamamını veya bir kısmının sağlığını tehlikeye sokacak şekilde temel hizmetlerin kesintiye uğraması gerekir. Bu şartlar oluşmuş ise toplu iş sözleşmesinin bağitlanabilmesi için zorunlu tahkim kabul edilebilir bir yöntemdir." KAYA, s. 149.

⁸ SUR, Uluslararası Normlar, s. 259.

⁹ ÇELİK, s. 685.

¹⁰ TUNCAY/SAVAŞ, s. 314.

ve lokavttan geçici olarak yasaklandığı hallerde böyle bir durum söz konusudur. Buna ek olarak grev ve lokavttan ertelenmesi veya grev oylamasının olumsuz sonuçlanması halinde greve ve lokavta gitme yolu tamamen kapanmıştır. Aşağıda toplu iş uyuşmazlıklarında YHK'na gidilebilecek haller anlatılmıştır. Bu hallerin ortak özelliği toplu iş uyuşmazlığının çözülmesi için yanların geçici veya sürekli olarak grev ve lokavta başvuramayacak olmalarıdır.

a. Grev ve Lokavttan Yasak Olduğu İşler ve İşyerleri

STİSK m. 62/1'e göre can ve mal kurtarma işlerinde; cenaze işlerinde ve mezarlıklarda; şehir şebeke suyu, elektrik, doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımını ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde; Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde; kamu kuruluşlarınca yürütülen itfaiye ve hastanelerde grev ve lokavttan yapılamaz. Bu fıkrada sayılan hallerde kesin bir grev ve lokavttan yasağı bulunmaktadır. Madde 51'e göre kesin grev ve lokavttan yasağı olan hallerde arabuluculuk aşamasının sonuçsuz kalmasından sonra taraflar uyuşmazlığın çözümü için YHK'na başvurabilir. Grev ve lokavttan yasaklandığı işler ve işyerleri yürürlükten kaldırılan eski kanuna göre 6356 sayılı Kanun'da daha sınırlı olarak düzenlenmiştir. Yeni düzenlemede noterlik hizmetleri, termik santralleri besleyen linyit üretimi, aşı ve serum imal eden işyerleri, eczaneler, eğitim ve öğretim kurumları, havacılık hizmetleri, çocuk bakım yerleri ve huzurevlerinde grev ve lokavttan yasakları kaldırılmıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin 22 Ekim 2014 tarihli kararı gereğince de STİSK m. 62/1'de yer alan "bankacılık hizmetlerinde;" ve "...ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde..." ibareleri Anayasa'ya aykırı bulunarak yasa metninden çıkarılmıştır. Bu iptal kararı ile de grev ve lokavttan yasaklandığı işler daha da sınırlı hale getirilmiştir.

b. Grev ve Lokavttan Geçici Bir Süre Yasaklanması

STİSK m. 62/2 gereğince Bakanlar Kurulu, genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarının gerçekleştiği yerlerde bu durumun devamı süresince yürürlükte kalmak kaydıyla gerekli gördüğü işyerlerinde grev ve lokavttan yasaklayabilir. Yasağın kalkmasından itibaren altmış gün içinde altı iş günü önce karşı tarafa bildirilmek kaydıyla grev ve lokavttan uygulamasına devam edilir.

Bu gibi hallerde grev ve lokavttan yasağı genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olayının devamı süresince devam eder. Bu gibi yerlerde genel yaşamın normale dönmesiyle birlikte grev ve lokavttan yasağı da kaldırılır. Bunlara

ek olarak 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu m. 3/1-f'ye göre sıkıyönetimin uygulandığı yerlerde sıkıyönetim komutanlığı grev ve lokavt yetkilerinin kullanılmasını sürekli olarak durdurma veya izne bağlama yetkisine sahiptir.

Bu gibi grev ve lokavtın geçici olarak yasaklandığı hallerde tarafların uyuşmazlığın çözümü için YHK'na başvurabilecekleri kabul edilmektedir. Grev ve lokavtı durdurma kararının kaldırılması üzerine, grev ve lokavt STİSK m. 60'daki prosedüre uyarak tekrar uygulamaya konabilir.¹¹

c. Grev ve Lokavtın Ertelemesi

STİSK m. 63'e göre karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavt genel sağlığı veya millî güvenliği bozucu nitelikte ise Bakanlar Kurulu bu uyuşmazlıkta grev ve lokavtı altmış gün süre ile erteleyebilir. Erteleme süresi, kararın yayımı tarihinde başlar. Erteleme kararının yürürlüğe girmesi üzerine, 60'ncı maddenin yedinci fıkrasına göre belirlenen arabulucu, uyuşmazlığın çözümü için erteleme süresince her türlü çabayı gösterir. Erteleme süresi içerisinde taraflar aralarında anlaşarak uyuşmazlığı özel hakeme de götürebilir. Erteleme süresinin sonunda anlaşma sağlanamazsa, altı iş günü içinde taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer.

Görüldüğü gibi grev ve lokavtın Bakanlar Kurulu tarafından ertelendiği hallerde, tarafların erteleme süresi sonunda anlaşmaya varmadığı hallerde taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuşmazlık YHK'na intikal ettirilebilir. Bu hususta önemli olan nokta 2822 sayılı Kanun zamanında erteleme sonunda uyuşmazlığı YHK'na götürmeye yetkili olanın Bakan olmasıydı. Oysa yeni kanun düzenlemesiyle bu yetki Bakan'dan alınmıştır.

Grev ve lokavtın ertelenmesinden sonra taraflar ya aralarında anlaşmaya varacak ya da anlaşamamaları halinde uyuşmazlığı YHK'na intikal ettireceklerdir. Erteleme süresinin sona ermesinden sonra tarafların tekrar grev ve lokavta başvurma imkânları yoktur. Erteleme süresi sonunda tarafların yasada belirtilen süre içinde uyuşmazlığı YHK'na götürmemeleri halinde işçi sendikası yetkisini kaybeder ve prosedür yeniden en başa dönmüş olur.¹² Burada dikkat edilmesi gereken husus eski düzenlemede uyuşmazlığın erteleme sonunda Bakan tarafından zorunlu tahkime taşınmasıydı, yani başka bir deyişle bu husus tarafların iradelerine bağlı değildi ve uyuşmazlık mutlaka zorunlu tahkim eliyle çözülmüyordu. Oysa yeni düzenleme uyarınca YHK'na

¹¹ TUNCAY/SAVAŞ, s. 315.

¹² GEREK, s. 6-7.

başvurmak taraflardan birinin iradesine bırakılmış ve başvurmamaları halinde işçi sendikasının yetkisinin düşmesi yaptırım öngörülmüştür. Bu yaptırım da eski kanunda yer almayan bir düzenlemedir.

Şunu da belirtmek gerekir ki bu düzenleme, siyasi bir irade olan Bakanlar Kurulu kararı ile grev hakkını sonuç olarak grev yasağına dönüştürdüğü için serbest toplu pazarlık ilkesine aykırı bulunmaktadır.¹³

d. Grev Oylaması Sonucunda Grevin Reddedilmesi

Grev kararının işyerinde ilan edildiği tarihte o işyerinde çalışan işçilerin en az dörtte birinin ilan tarihinden itibaren altı iş günü içinde işyerinin bağlı bulunduğu görevli makama yazılı başvurusu üzerine, görevli makamca talebin yapılmasından başlayarak altı iş günü içinde grev oylaması yapılır. Oylamada grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğu grevin yapılmaması yönünde karar verirse, bu uyuşmazlıkta alınan grev kararı uygulanamaz (STİSK m. 61/1 ve 3). Grev oylamasına ilişkin itirazlar üç iş günü içinde mahkemeye yapılır. Mahkeme itirazı üç iş günü içerisinde kesin olarak karara bağlar (STİSK m. 61/2). Grev oylaması sonucunda grev yapılmaması yönündeki kararın bu süreler geçtikten sonra kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içerisinde işçi sendikası YHK'na başvurabilir (STİSK m. 51/1). Burada dikkat edilmesi gereken husus bu durumda YHK'na başvurmaya yetkili olanın yalnızca işçi sendikası olmasıdır.

e. Yüksek Hakem Kurulu'na Gidilemeyecek Yasak Haller

Öncelikle STİSK m. 52 gereğince taraflar anlaşarak toplu iş uyuşmazlığının her safhasında özel hakeme başvurabilir. Tarafların uyuşmazlık halinde özel hakeme başvuracaklarını önceden veya uyuşmazlığın herhangi bir aşamasında kararlaştırmaları halinde taraflar artık grev, lokavt veya arabulucuya gidemeyeceği gibi YHK'na başvurarak zorunlu tahkime de gidemezler.

Bunun dışında STİSK m. 62/3'de düzenlenen ve grev ve lokavt yasakları hallerinden biri olan düzenlemeye göre, başladığı yolculuğu yurt içindeki varış yerlerinde bitirmemiş deniz, hava, demir ve kara ulaştırma araçlarında grev ve lokavt yapılamaz. Bu düzenlemede sayılmış işler için aslında grev ve lokavt yasağı bulunmamaktadır. Başka bir deyişle bu işler için her ne kadar grev ve lokavt kararı alınabilse de bu karar, yasa düzenlemesi gereği yolculuk bitinceye kadar uygulanamaz. Burada kararın uygulanmasını geciktirici bir

¹³ DEMİRCİOĞLU, s. 196-198.

durum söz konusudur. Grev kararı alınıp karşı tarafa tebliğ edilmiş olmak kaydıyla grevin başlayacağı gün araç yolculukta ise, grevin başlama tarihi yolculuğun bitimine kadar ertelenir. Bu nedenle bu durumda işin niteliği gereği YHK'na gitme zorunluluğu bulunulmadığı düşünülmektedir.¹⁴

2. Arabuluculuk Aşamasının Aşılması Olması

Zorunlu tahkime gidebilmenin bir diğer önemli şartı arabuluculuk aşamasının aşılması yani arabulucunun toplu iş uyuşmazlığını çözmede başarısız kalmış olmasıdır. STİSK m. 50 ve 51'in birlikte değerlendirilmesinden, YHK'na başvurulmadan önce arabuluculuk aşamasının tüketilmiş olmasının arandığı anlaşılmaktadır.¹⁵ Madde 51'de yer alan "*grev ve lokavtın yasak olduğu uyuşmazlıklarda 50 nci maddenin beşinci fıkrasında belirtilen tutanağın*" denilmekle bu tutanağın arabuluculuk faaliyetinin sonuçsuz kalması halinde düzenlenen tutanak olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu tutanağın taraflara tebliğinden itibaren altı iş günü içinde taraflar uyuşmazlığın çözümü için YHK'na başvurabilirler.

Grev ve lokavtın ertelenmesinde ise Madde 63/2-3'e göre erteleme kararının yürürlüğe girmesi üzerine, 60 nci maddenin yedinci fıkrasına göre belirlenen arabulucu, uyuşmazlığın çözümü için erteleme süresi boyunca her türlü çabayı göstermekle mükelleftir. Erteleme süresi sonunda arabulucunun faaliyetleri başarısız kalmış ve taraflar anlaşamamışlarsa ve bu süre içinde uyuşmazlığı özel hakeme de götürmemişlerse, erteleme süresinin bitiminden itibaren altı iş günü içinde taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuşmazlık YHK'na intikal eder. Bu halde de YHK'na başvurmadan önce arabuluculuk aşamasının başarısızlıkla sonuçlanmış olması aranmaktadır.

3. Yüksek Hakem Kurulu'na Başvuru Yapılması

a. Başvurabilecek Kişiler ve Başvuru Usulü

Öncelikle belirtmek gerekir ki YHK, uyuşmazlığa re'sen el koyamaz. 6356 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeye göre ancak taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuşmazlık YHK'na intikal edecek, aksi halde işçi sendikasının yetkisi otomatik olarak düşecektir.¹⁶ Başka bir deyişle YHK'na başvurma hususunda tarafların tercih hakkı mevcuttur. YHK'nun yasal tahkimi başlatabilmesi mutlaka taraflardan birinin başvurusu gerekmektedir.

¹⁴ TUNCAY/SAVAŞ, s. 317.

¹⁵ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 422.

¹⁶ GEREK, s. 6-7.

Başvurmaya yetkili kişiler YHK'na dilekçe ile başvururlar. YHK'na başvuru ve başvurunun kimler tarafından yapılabileceği hususu, her bir durum için ayrı ayrı incelenmelidir. Bu husus Kanunun 51. maddesinde düzenlenmiştir:

- Öncelikle grev ve lokavtın yasaklandığı iş ve işyerlerinde toplu uyuşmazlığın toplu görüşme ve arabuluculuk yöntemleriyle halledilememesi halinde, arabulucu üç iş günü içerisinde uyuşmazlığı belirleyen bir tutanak düzenler ve bu tutanağı görevli makama tebliğ eder. Görevli makam bu tutanağı en geç üç iş günü içerisinde taraflara tebliğ eder (STİSK m. 50/5). Bunun üzerinde tarafların uyuşmazlığı YHK'na götürmesi imkânı doğar. STİSK m. 51/1'e göre bu tutanağın taraflara tebliğinden itibaren altı iş günü içinde taraflardan biri YHK'na başvurabilir. Tarafların altı iş günü içerisinde uyuşmazlığı YHK'na taşınamaması halinde toplu iş uyuşmazlığı çözüm prosedürü de kendiliğinden sona erer ve işçi sendikasının yetkisi düşer.
- Grev ve lokavtın Bakanlar Kurulu tarafından ertelendiği hallerde ise erteleme süresinin uyuşmazlıkla sonuçlandığı halde erteleme süresinin bitiminden itibaren yine altı iş günü içerisinde taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuşmazlık YHK'na intikal edecektir. Aksi halde yine işçi sendikasının yetkisi düşecektir.
- Son olarak grev oylamasının yapılması sonucunda işçiler grev yapılmaması yönünde karara varırlarsa, bu halde bu kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde işçi sendikası YHK'na başvurabilir. Aksi halde işçi sendikasının yetkisi düşer.

YHK'nun toplu iş uyuşmazlığını çözme yetkisi, başka bir deyişle zorunlu tahkim ancak yukarıda belirtilen kişilerin kanunda belirtilen süreler içerisinde YHK'na başvurması halinde mümkün olacaktır. Aksi halde uyuşmazlık çözüm prosedürü sona erer ve işçi sendikası yetkisini kaybeder.

b. Yüksek Hakem Kurulu'nun Kuruluş ve İşleyişi

6356 sayılı STİSK, zorunlu tahkimi yürütmeye yetkili tek organ olarak Yüksek Hakem Kurulu'nu kabul etmiştir.¹⁷ YHK, Anayasa'nın (AY) 54. maddesinde yer alan devamlı ve anayasal bir kuruluştur.¹⁸ Anayasa'nın

¹⁷ TUNCAY/SAVAŞ, s. 318.

¹⁸ SUR, Toplu İlişkiler, s. 419.

ilgili maddesine göre grev ve lokavtın yasaklandığı hallerde veya ertelendiği durumlarda ertelemenin sonunda, uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Uyuşmazlığın her safhasında taraflar da anlaşarak Yüksek Hakem Kurulu'na başvurabilir. Yüksek Hakem Kurulu'nun kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi (TİS) hükmündedir (AY m. 54/4). Ayrıca yine aynı maddeye göre Yüksek Hakem Kurulu'nun kuruluş ve görevleri kanunla düzenlenir (AY m. 54/5).

YHK'nun kuruluşu ve çalışma esasları, 6356 sayılı STİSK'nun 54. ila 57. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanunun 54. maddesine göre YHK, Yargıtay'ın iş davalarına bakmakla görevli dairelerinin başkanlarından en kıdemli olanının başkanlığında toplanır. Ayrıca işçi ve işveren temsilcileri ile devlet temsilcileri de YHK'da görev yapar. İşçi ve işverenler adına seçilecek üyelerde STİSK m. 6'daki sendika kurucuları için öngörülen şartlar aranır (STİSK m. 54/2). STİSK m. 54'e göre YHK, toplamda 8 üyeden oluşmaktadır.¹⁹ Üyeler, seçimle 2 yıllık süre için göreve getirilirler ve yeniden seçilebilme imkânı vardır. Seçimle gelen her bir üye için aynı seçimde ikişer yedek üye seçilir (STİSK m. 54/3). Kurul başkanlığı için birinci ve ikinci yedekler Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca Hukuk Daireleri Başkanları arasından seçilir.

Daha önce de belirtildiği üzere YHK resmi ve sürekli bir kuruluştur. YHK, bağımsız bir teşkilata sahiptir ve Ankara'da toplanır. YHK'nun yönetim yapısı STİSK m. 55'de düzenlenmiştir. YHK'nun yazışma ve uzmanlık hizmetlerini yürütmek üzere YHK Başkanlığı'na bağlı olarak bir genel sekreterlik kurulur. Genel sekreter, başkanın teklifi üzerine genel usullere göre atanır (STİSK m. 55/1). Buna ek olarak YHK'nun talebi üzerine Başbakanlıkça yeteri kadar raportör ve uzman atanır veya görevlendirilir. Ancak işçi veya işveren kuruluşlarında çalışmakta olanlar, raportör veya uzman olarak görevlendirilemezler (STİSK m. 55/2). Ayrıca belirtmek gerekir ki YHK'nun çalışma usul ve hizmetlerin yürütülmesine ilişkin esaslar, YHK'nun başkan

¹⁹ Yargıtayın iş uyuşmazlıklarına bakmakla yükümlü olan dairelerinin başkanlarından en kıdemli olanın başkanlığında, işçi veya işveren kuruluşları ile hiçbir bağlantısı olmayan ve siyasi parti organlarında görevli olmayan ekonomi, işletme, sosyal politika ve iş hukuku konularında bilgili ve tecrübe sahibi olanlar arasından seçilecek 1 üye, üniversitelerin İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku anabilim dalı öğretim üyeleri arasından YÖK tarafından seçilecek 1 üye, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürü, işçi sendikaları konfederasyonlarından kendisine mensup işçi sayısı en yüksek olan konfederasyonca seçilecek 2 üye, işverenler adına en çok işveren mensubu olan işveren sendikaları konfederasyonunca biri kamu işverenlerinden olmak üzere seçilecek 2 üye de dahil olmak üzere toplam 8 üye ile toplanır (STİSK m. 54/1).

ve üyeleri ile bu Kurulda görevlendirilecek uzman ve raportörlere ödenecek tazminatlar 07.12.2013 tarihli Toplu İş Sözleşmesinde Arabulucuya ve Hakeme Başvurma Yönetmeliği'nce (Yönetmelik) düzenlenmektedir.

YHK, başvuru dilekçesinin alındığı günden başlayarak altı iş günü içerisinde başkan ve en az beş üyenin katılımı ile toplanır. Mazeretli veya izinli olan asıl başkan veya üyenin yerini aynı gruptan yedek başkan veya yedek üyelerden biri alır (STİSK m. 56/1). YHK, önüne gelen bir toplu iş uyuşmazlığını dosya üzerinden incelemektedir. Gerekli görüldüğü durumlarda taraflar ve ilgililerden uyuşmazlıkla ilgili her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilir. Taraflar ve diğer bütün ilgililer, YHK'nun istediği bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür. YHK, görüşlerini öğrenmek istediği kişileri çağırıp dinler veya bunların görüşlerini yazı ile bildirmelerini ister. Bunlar hakkında 6100 sayılı Kanunun tanık ve bilirkişilere ilişkin hükümleri uygulanır. Taraflar da, bilgilendirmek amacıyla kurulda dinlenmelerini isteyebilir, bilgi ve belge sunabilir (STİSK m. 56/2).

YHK, toplantıya katılanların çoğunluğu ile karar verir. Oyların eşitliği halinde başkanın oyunun bulunduğu taraf çoğunluğu sağlar (STİSK m. 56/3). YHK, teşmile ilişkin görüş bildirme dışındaki işlerde, yapacağı ilk toplantı gününden başlayarak en geç iki ay içinde kesin kararını vermek zorundadır (Yönetmelik m. 22).

II. Yüksek Hakem Kurulu Kararlarının Niteliği

Toplu iş hukukunda hakemler, taraflar arasında menfaat uyuşmazlıklarını çözerek bir tür yasama fonksiyonunu yerine getirirler ve tarafları bağlayıcı yeni kurallar koyarlar. Bu durum, hakemlerin taraflar arasında ortaya çıkmış bir hak uyuşmazlığını çözerek yargısal bir fonksiyon icra etmelerinden çok farklıdır.²⁰ STİSK m. 51/2'ye göre YHK kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir. Kararların kesin olmasından kasıt, kararlar aleyhine herhangi bir mercie başvurmanın mümkün olmaması yani kararların temyiz edilememesidir.²¹ Esas olarak YHK da toplu iş sözleşmesi hükmünde olan kararlarını bizzat kendisi değiştiremez.²² Fakat kararların YHK'na başvurularak tartzih edilmesi mümkündür.

Kurulun kararı yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin olabileceği gibi mevcut bir toplu iş sözleşmesinin bir takım değişikliklerle

²⁰ NARMANLIOĞLU, s. 519.

²¹ TIUNCAY/SAVAŞ, s. 320.

²² SUR, Toplu İlişkiler, s. 423.

yeniden yürürlüğe konması da olabilir.²³ Fakat unutulmamalıdır ki YHK'nun tarafların seçimi üzerine özel hakem olarak görev yaptığı hallerde kurulun verdiği karar, mahkemelerin verdiği kararlara benzer bir etki doğurur. Bu hal ile YHK'nun yasal tahkim mercii olarak karar aldığı hal birbirinden farklıdır.

YHK'nun yaptığı toplu iş sözleşmesi, taraflarca yapılan toplu iş sözleşmesinden farksızdır. YHK'nun düzenlediği toplu iş sözleşmesi de taraflarca hazırlanmış toplu iş sözleşmesinin sonuçlarını ve etkilerini doğurur. Bu sebeple YHK da toplu iş sözleşmesini yaparken tarafların bağlı olduğu genel ve özel yasaklarla bağlıdır.²⁴ YHK'nca yapılan toplu iş sözleşmesinin tarafları da yine yetkili işçi sendikası ile işveren sendikası veya münferit işverendir.

B. Toplu İş Uyuşmazlıklarında Özel Hakeme Başvurma

Özel Hakeme Başvurma, zorunlu tahkimden sonra bir diğer uyuşmazlığın barışçıl çözüm yöntemlerinden biridir. İhtiyari tahkim de denilen bu yolda toplu iş uyuşmazlığında taraflar uyuşmazlığın çözümü için özel hakeme başvururlar. Özel tahkimde hakemler taraflarca seçilir. Özel hakeme başvurma tarafların isteğine bağlıdır ve taraflar uyuşmazlığın diledikleri aşamasına bu yola başvurabilirler. Bu yöntem, tarafların karşılıklı anlaşmasına dayanması ve uyuşmazlığın her aşamasında başvurulabilmesi açısından zorunlu tahkimden ayrılmaktadır.²⁵ Ancak kararların bağlayıcılığı açısından her iki tahkim türü arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.²⁶

Özellikle Kanada ve ABD'de özel hakeme başvurma toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde en fazla benimsenen yöntem olduğu görülmektedir. Bu ülkelerde toplu iş sözleşmeleri genellikle tahkim şartı barındırır. Amerika ve Kanada'da ihtiyari tahkim yoluna bu kadar sıklıkla başvurulurken, Avrupa ülkelerinde ihtiyari tahkim, ne işveren sendikaları ne de işçi sendikaları tarafından tercih edilen bir yöntemdir.²⁷

Yukarıda da belirtildiği üzere STİSK m. 52/1 gereğince taraflar anlaşarak, toplu hak ve çıkar uyuşmazlıklarının her safhasında özel hakeme başvurabilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise toplu iş sözleşmesine, taraflardan birinin başvurması üzerine özel hakeme gidileceğine dair hükümler

²³ TUNCAY/SAVAŞ, s. 320.

²⁴ NARMANLIOĞLU, s. 519.

²⁵ KUTAL, s. 312.

²⁶ KUTAL, s. 313.

²⁷ TUNCAY/SAVAŞ, s. 307.

konulabilir. Buna ek olarak toplu iş sözleşmesinde aksine hüküm yoksa, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) özel hakeme ilişkin hükümleri uygulanır. Toplu hak uyuşmazlıklarında ise özel hakem kararları genel hükümlere tabidir.

Toplu çıkar uyuşmazlıklarında taraflar özel hakeme başvurma konusunda yazılı olarak anlaşma yaparlarsa, bundan sonra arabuluculuk, grev ve lokavt, kanuni hakemlik hükümleri uygulanmaz. Toplu çıkar uyuşmazlıklarında özel hakem kararları TİS hükmündedir (STİSK m. 52/3). Bu nedenle özel hakemin vereceği kararın mahkemeye verilmesi, mahkemece onanması veya temyiz edilebilmesi mümkün değildir.²⁸

Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki taraflar, uyuşmazlığın her aşamasında anlaşarak özel hakem olarak YHK'nu da seçebilirler (STİSK m. 52/4). Bu gibi durumlarda YHK, yukarıda belirtilen yasal tahkimden kaynaklanan uyuşmazlığın çözüm mercii olarak değil, özel hakem olarak görev yapacaktır.

Uyuşmazlığın çözümünde tarafların özel hakeme başvurabilmesi için tarafların bu yönde anlaşmış olmaları gerekmektedir. Tarafların bu yöndeki anlaşmalarına tahkim sözleşmesi denir. Yukarıda belirtildiği üzere TİS'de aksine bir hüküm yoksa HMK'nın özel hakeme ilişkin hükümleri burada uygulanacaktır. HMK m. 412/2'ye göre ise tahkim anlaşması taraflar arasındaki toplu iş sözleşmesinin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir. Tahkim sözleşmesi yazılı şekle şartına bağlıdır. Bu şart bir geçerlilik şartıdır.²⁹ Tarafların tahkim sözleşmesini adi yazılı şekilde yapmaları yeterlidir. Tahkim sözleşmesi yapıldıktan sonra taraflar artık uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye gidemez, taraflar hakeme başvurmak zorundadır.³⁰

I.Hakemlerin Seçimi

Taraflar tahkim sözleşmesinde hakemlerin seçilme usulünü, kaç hakemin seçileceğini veya hakemlerin ne kadar sürede karar vermeleri gerektiğini düzenleyebilirler. Taraflar bu konuları tahkim sözleşmesinde kararlaştırmamışlarsa ilgili HMK hükümleri uygulanacaktır. HMK m. 416/1'e göre sadece gerçek kişiler hakem olarak seçilebilir. Ancak hakimler hakem olarak seçilemezler ve bu yasak mahkemece re'sen göz önüne alınmalıdır.³¹ Taraflar hakem sayısını diledikleri gibi belirleyebilirler, fakat bu sayı tek

²⁸ TUNCAY/SAVAŞ, s. 308.

²⁹ PEKÇENİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 646.

³⁰ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 427.

³¹ PEKÇENİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 649.

olmalıdır (HMK m. 415/1). Sözleşmede hakemin nasıl seçileceğine dair hiçbir hüküm yoksa, hakemler, davayı görmeye yetkili mahkeme tarafından üç kişi olarak seçilirler (HMK m. 415/2). Tek hakem seçilecekse ve taraflar hakem seçiminde anlaşmazlığa düşerlerse, hakem taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkeme tarafından seçilir (HMK m. 416/1-b). Üç hakem seçilecekse taraflardan her biri bir hakem seçer. Bu şekilde seçilen iki hakem üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın bu yöndeki talebinin kendisine ulaşmasından itibaren bir ay içinde hakemini seçmezse veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonra bir ay içerisinde üçüncü hakemi seçmezse, taraflardan birinin talebi üzerine hakem mahkeme tarafından belirlenir (HMK m. 416/1-c). Üç hakem seçilmişse üçüncü hakem başkan olarak görev yapar. Hakem seçimi konusundaki uyuşmazlıklar mahkemece karara bağlanır ve bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamaz (HMK m. 416/2).

Yukarıda da belirtildiği üzere uyuşmazlığın her aşamasında taraflar YHK'nu özel hakem olarak seçebilir. Bu halde YHK, HMK'da yer alan temel esaslara uymak zorundadır.

II. Özel Hakemde Yargılama Usulü ve Karar

1. Toplu Çıkar Uyuşmazlıkları

Hem toplu hak uyuşmazlıkları hem de toplu çıkar uyuşmazlıklarının çözümü için özel hakeme başvurulabilir. Oysa toplu hak uyuşmazlıklarının çözümünde uyulacak usul ve esaslar hakkında HMK hükümlerinin uygulanması gerekirken, toplu çıkar uyuşmazlıklarında ise özel hakem incelemesinde uygulanacak usul hükümleri Toplu İş Sözleşmesinde Arabulucuya ve Hakeme Başvurma Yönetmeliğinin 27 ila 29. maddeleri arasında özel olarak düzenlenmiştir. Ancak bu halde de HMK'nın temel esaslarına uyma yükümlülüğü devam eder. Ayrıca belirtmek gerekir ki Yönetmelik'te düzenlenmemiş hususlar için HMK hükümleri uygulanmaya devam edecektir. Fakat Yönetmelik'te ayrıca düzenlenen hususlarda ise Yönetmelik hükümleri öncelikle uygulanacaktır. Örneğin toplu çıkar uyuşmazlıklarında hakemin karar vermesi gereken süre Yönetmelik'te otuz gün olarak belirlenmiştir (Yönetmelik m. 29/1). O halde toplu çıkar uyuşmazlıklarında, HMK'daki bir yıl içinde uyuşmazlığı çözüme kavuşturma zorunluluğu, bu gibi hallerde dikkate alınmayacak, özel olarak düzenlenen otuz günlük süre dikkate alınacaktır.

Hakemler tahkim yargılamasında yargılama hukukuna özgü temel prensipleri gözetmekle yükümlüdürler (tarafların eşitliği, hukuki dinlenilme

hakkı, adil yargılanma hakkı vb.). Buna ek olarak hakemler süresi içinde karar vermekle yükümlüdürler.

Yönetmeliğin 27. maddesine göre toplu çıkar uyuşmazlıklarında özel hakeme başvurma hususunda yazılı olarak anlaşılan taraflar, uyuşmazlık konularıyla bunlara ilişkin önerilerini seçtikleri özel hakeme bildirir. Ayrıca taraflar her zaman özel hakem olarak YHK'nu da seçebilir.

Özel hakem, 27. maddeye göre yapılan bildirimden itibaren altı iş günü içinde uyuşmazlığı incelemeye başlar. Başvurunun özel hakem sıfatıyla incelenmeye başlandığı tarihi belirten bir yazıyı, taraflarca yapılan yazılı anlaşmanın bir örneğini de ekleyerek aynı süre içinde görevli makama gönderir (Yönetmelik m. 28/1). Özel hakem, uyuşmazlığın çözümüyle ilgili olarak tarafların ve ilgili kurum ve kuruluşların bilgisine başvurabilir; taraflardan gerekli gördüğü belgeleri isteyebilir.

Yönetmeliğin 29. maddesine göre ise özel hakem, uyuşmazlığı incelemeye başladığı tarihten itibaren otuz gün içinde kararını verir ve kararı derhal yazılı olarak taraflara ve görevli makama alındı belgesi karşılığında teslim eder ya da iadeli taahhütlü olarak gönderir. Taraflar özel hakem olarak YHK'nu seçtikleri takdirde, Yönetmeliğin 25. maddede öngörülen tazminat tutarındaki özel hakem ücretini, tebliğ tarihinden itibaren üç iş günü içinde Kurul Başkanlığı adına açılacak hesaba yatırır. Aksi kararlaştırılmadıkça, özel hakem ücreti taraflarca eşit olarak ödenir. Tarafların, Kurulu özel hakem olarak seçmeleri nedeniyle ikinci fıkraya göre yatırdıkları özel hakem ücreti, Kurulun esas hakkındaki karar toplantısına katılanlara ödenir. Bu maddeye göre yapılacak ödemeler 25 inci maddedeki tazminat ödemeleri ile ilişkilendirilmez.

Ayrıca şunu da tekrar belirtmek gerekir ki STİSK m. 52/3'e göre toplu çıkar uyuşmazlıklarında özel hakem kararları toplu iş sözleşmesi hükmündedir. Özel hakem kararının alınması, oy nisabı, kararda yer alması gereken hususlar ve kararın iptali hususunda Yönetmelik'de bir düzenleme olmaması sebebiyle bu hususlarda aşağıda bahsedilen HMK'nın ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

2. Toplu Hak Uyuşmazlıkları

Özel hakem eliyle toplu hak uyuşmazlıklarının çözümünde ise taraflar uyuşmazlığın çözülmesinde uyulacak usul ve esasları emredici hükümler saklı kalmak kaydıyla kendileri belirleyebilirler veya tahkim kurallarına yollama

yapabilirler. Taraflar arasında böyle bir belirleme yapılmamışsa, bu takdirde hakemler tahkim yargılamasını HMK hükümleri ışığında yürütürler. Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde aksine hüküm olmayan hallerde hakemlerin uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak usul ve esasları belirleme yetkileri vardı. 6100 sayılı HMK ile birlikte bu durum değişmiş ve yargılama usulünü belirleme yetkisi esas olarak taraflara verilmiştir.

Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, toplu hak uyuşmazlıklarında tahkim süresi, tek hakemin görevli olduğu davalarda hakemin seçildiği, birden fazla hakemin görevli olduğu davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağını düzenlediği tarihten itibaren, bir yıldır (HMK m. 427/1). Özel hakem öngörülen süre içerisinde karar veremezse tahkim prosedürü sona erer ve uyuşmazlık hangi aşamada kalmışsa kaldığı yerden devam eder.³²

Hakem kararları aksi kararlaştırılmamışsa oy çokluğu ile alınır. Kararın tüm hakemlerce imzalanması şarttır. Tahkim yeri, karar tarihi ve karara karşı iptal davası açma süresi hakem kararında mutlaka belirtilmelidir. Hakem kararı, hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından taraflara bildirilir ve ayrıca kararın aslı da dosya ile birlikte yetkili iş mahkemesine gönderilir ve mahkemece saklanır (HMK m. 436/3).

Hakem kararları taraflar üzerinde bağlayıcı bir etkiye sahiptir. Hakem kararlarına karşı temyiz yoluna gidilemez.³³ HMK'ya göre hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası karardan itibaren bir ay içinde tahkim yeri mahkemesinde açılır (HMK m. 439/4). Hakem kararına karşı iptal davası açılması kural olarak kararın icrasını durdurmaz. Hakem kararlarının iptali sebepleri HMK m. 439/2'de sayılmıştır.³⁴

³² NARMANLIOĞLU, s. 522.

³³ TUNCAY/SAVAŞ, s. 311.

³⁴ HMK m. 439/2:

- a) Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetli ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu,
- b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, sözleşmede belirlenen veya bu Kısımda öngörülen usule uyulmadığı,
- c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmediği,
- ç) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği,
- d) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği veya talebin tamamı hakkında karar vermediği ya da yetkisini aştığı,
- e) Tahkim yargılamasının, usul açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması hâlinde, bu Kısımda yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu,
- f) Tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmediği,

İptal davası hakkında mahkemenin verdiği karara karşı temyiz yoluna gidilebilir (HMK m. 439/6). Temyiz incelemesi, bu maddede yer alan iptal sebepleriyle sınırlı olarak öncelikle ve ivedilikle karara bağlanır. Temyiz kararın icrasını durdurmaz.

SONUÇ

Toplu iş uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde iş mücadelesi yöntemlerine başvurmadan evvel barışçıl yöntemlere başvurulması, her ülke hukukunda kabul edilmesine rağmen, bunların düzenlenme biçimleri her ülkede farklılık göstermektedir. Bizim hukukumuzda ise toplu iş uyuşmazlıklarında uyuşmazlıkların barışçıl çözüm yöntemlerinden olan Yüksek Hakem Kurulu'na başvurma ve özel hakeme başvurma, tarafların grev ve lokavta gitmeden önce veya zorunlu tahkim durumunda ise grev ve lokavta başvurulamayan hallerde tercih edebilecekleri uyuşmazlık çözüm yöntemleridir. Zorunlu tahkim olan Yüksek Hakem Kurulu'na başvurma, yalnızca yasada düzenlenen ve yukarıda sayılan hallerde mümkün olabileceksen, taraflar özel hakeme uyuşmazlığın her aşamasında diledikleri zaman başvurabileceklerdir. Her iki tahkim yönteminde de hakemlerin verdiği kararlar taraflar üzerinde bağlayıcı bir etkiye sahiptir. Toplu çıkar uyuşmazlıklarında ise hakemler eliyle verilen kararlar, toplu iş sözleşmesi hükmünde sayılırlar. Bu tür uyuşmazlık çözüm yollarının yasal olarak düzenlenmesiyle, tarafların iş mücadelesi yöntemleri olan grev ve lokavta başvurusu son çare olarak amaçlanmıştır.

g) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı,

ğ) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu, tespit edilirse, hakem kararları iptal edilebilir.

KAYNAKÇA

BATUR, Murat, Tahkim ve Toplu İş Sözleşmelerinin Yorumu, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sa.20, s. 123-131.

ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, b. 27, İstanbul 2014.

DEMİRCİOĞLU, Murat, Türk İş Hukukunda Grev Hakkına İdari Tasarrufla Müdahale, *İş Hukuku Dergisi*, Nisan-Haziran 1991, s. 196-198.

EVREN, Öcal Kemal, İş Güvencesinde Tahkim ve İçerik Denetimi, *Mali Çözüm Dergisi*, Sa.100, s. 195-201.

GEREK, Nüvit, 6356 Sayılı Kanunun Grev ve Lokavt Konusunda Öngördüğü Değişiklikler, *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C. 24 Sa. 8/ C. 25 Sa. 1-2, s. 1-13.

KAYA, Pir Ali, Uluslararası Normlar Bağlamında Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi, *V. Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu Bildiriler*, İstanbul 2013, s. 131-155.

KUTAL, Metin, Türk Toplu İş Hukukunda Barışçı Çözüm Yollar, *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Dergisi Prof. Dr. S. F. Ülgener'e Armağan*, C. 43, s. 295-321.

NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku II – Toplu İş İlişkileri, b. 2, İstanbul 2013.

PEKCANITEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz ve ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, b. 2, Ankara 2014.

SUR, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, b. 4, Ankara 2011.

SUR, Melda, Uluslararası Normlar ve 6356 Sayılı Kanunun Toplu İş Sözleşmeleri ve Grev Hakkındaki Hükümleri, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan*, C. 15, Özel Sayı, s. 255-278.

TUNCAY, Can ve SAVAŞ, Burcu, Toplu İş Hukuku, b. 3, İstanbul 2013.

TUNÇOMAĞ, Kenan ve CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, b. 6, İstanbul 2013.

6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNLA İŞ YERİ DIŞINDA KURULAN SÖZLEŞMELERE İLİŞKİN OLARAK GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER*

Esen KABAŞ**

ÖZET

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da "Kapıdan Satışlar" başlığı ile düzenlenen hükümler (m. 8-9), 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı TKHK'da, "İş yeri dışında kurulan sözleşmeler" başlığı ile değiştirilmiş, yapılan değişiklik ve yenilikler 47. maddede yerini almıştır. Bu yenilik ve değişiklikler genel olarak, sözleşmenin adı, geri alma hakkının süresi, sürenin belirlenmesi, geri alma hakkının kullanılması, kullanılamayacağı durumlar, bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin olarak aşamalı bilgilendirme ve İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği'nin uygulanmayacağı sözleşmelere ilişkin değişikliklerdir. Yeni düzenlemenin, tüketicinin korunması amacına eskiye kıyasla daha çok hizmet ettiği görülmektedir. Bu çalışmada, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un iş yeri dışında kurulan sözleşmelere ilişkin olarak yapmış olduğu yenilik ve değişiklikler eski düzenlemeyle karşılaştırılarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kapıdan satışlar, iş yeri dışında kurulan sözleşmeler, geri alma hakkı, geri alma hakkının istisnaları, tüketicinin bilgilendirilmesi

AMENDMENTS MADE RELATED TO THE OFF-PREMISES CONTRACTS LAW ON CONSUMER PROTECTION NUMERED 6502

ABSTRACT

Conditions regulated with the "doorstep sales" headline, are changed with the headline "off-premises contracts" in the Law on Consumer Protection numbered 6502 which was effectuated in the date of 28.05.2014. All the amendments have taken their places in the matter nr.47. These changes and amendments are, in general, changes of, name of the contract, time of withdrawal right, determining the time, using the right of withdrawal, situations which the right of withdrawal can not be used, progressive informing related to obligation of informing and contracts about regulations of off-premises contracts can not be used. New regulation seems to serve the rights of the consumers more than the old. Therefore amendments related to the off-premises contracts which were made by the Law on Consumer Protection numbered 6502 are examined by comparing the former regulation.

Keywords: Doorstep sales, off-premises contacts, right of withdrawal, exceptions from the right of withdrawal, consumer information

* Bu makale, yazarın "İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması" isimli Yüksek Lisans Tez'inden türetilmiştir.

** Arş. Gör. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı.

GİRİŞ

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹'un 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girmesiyle 08.09.1995 tarihinden beri uygulanagelen 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun² yürürlükten kalkmıştır. Her ne kadar 4077 sayılı TKHK, teknik açıdan pek çok yönden eleştirilmişse de tüketicilerin korunması bakımından ilk derli toplu kanun olması ve bulunduğu döneme göre önemli bir boşluğu doldurmuş olması nedeniyle büyük bir önemi haizdi. 2003 yılında 4822 sayılı Kanun³'la³ 4077 sayılı TKHK'da birtakım yenilikler ve değişiklikler yapılmış ve satıcı/sağlayıcılara yeni sorumluluklar, tüketicilere de yeni haklar getirilmişti. 6502 sayılı TKHK'nın ise, hüküm altına aldığı düzenlemeleriyle tüketicilere tanınan hakları daha ileriye götürdüğü görülmektedir⁴.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un kaleme alınmasının en temel ve nihaî nedeni tüketicinin daha iyi korunması için iyileştirmeler yapmaktır. Bununla birlikte, başta AB Direktiflerine tam uyumun sağlanması, uygulamada karşılaşılan problemlere çözüm bulunması, TTK ve TBK'ya uyumun sağlanması, satış yöntemlerinin değişmesi ve yeni satış türlerinin ortaya çıkması, mevcut cezaların amaca hizmet etmemesi, cezalandırmak yerine ıslah etme ve bilgilendirme anlayışının önem kazanması gibi çeşitli nedenler kanunun hazırlanmasına yol açmıştır⁵.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yapılan değişiklik ve yeniliklerden biri de yeni düzenlemede “iş yeri dışında kurulan sözleşmeler” olarak adlandırılan kapıdan satışlara ilişkindir. Gerçekten, 4077 sayılı TKHK'da “*Kapıdan Satışlar*” başlığı ile düzenlenen hükümler (m. 8-9), 6502 sayılı TKHK'da, “*İş yeri dışında kurulan sözleşmeler*” başlığı ile değiştirilmiş ve 47. maddede yerini almıştır. Madde başlığında yapılan değişiklik, düzenlemenin, hem 13.06.2014'te yürürlüğe giren 25.10.2011 tarihli ve 2011/83 EU sayılı AB Tüketici Hakları Direktifi'ne⁶ uyumlu hâle

¹ RG 28.11.2013, S. 28835.

² RG 08.03.1995, S. 22221.

³ RG 14.03.2003, S. 25048.

⁴ AYDOĞDU, Murat: “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, **DEÜHFD**, C. 15, S. 2, 2014, s. 2-3.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. AYDOĞDU, **Kanunun Getirdiği Yenilikler**, s. 4-5.

⁶ Direktif İngilizce metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&rid=22> , (Erişim: 12.08.2015). Direktif m. 31 gereğince, 13 Haziran 2014 tarihi itibarıyla, günümüzde yürürlükte olan 20 Aralık 1985 tarihli 85/577/ EEC sa-

getirilmesi hem de eskiye göre doğru bir ifade kullanılması bakımından önem arz etmektedir⁷.

Çalışmamızın konusunu, mağduriyetlerin çokça yaşandığı iş yeri dışında kurulan sözleşmeler hakkında 6502 sayılı TKHK ile yapılan yenilikler ve değişiklikler oluşturmaktadır. Bu çerçevede, yenilik ve değişiklikleri eski düzenlemeyle (4077 sayılı TKHK) karşılaştırarak ve gruplandırarak açıklama yoluna gideceğiz.

I. SÖZLEŞMENİN ADI VE TANIMINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

4077 sayılı TKHK’da “*Kapıdan Satışlar*” başlığı ile düzenlenen hükümler (m. 8-9), 6502 sayılı TKHK’da “*İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler*” başlığı (m. 47) ile düzenlenmiştir. Bu değişiklikte yapılan düzenleme oldukça isabetlidir. Zira 4077 sayılı TKHK’da yer alan hükümler, taşınır malları esas aldığından, “kapıdan satış” tabiri söz konusu düzenlemelerin sadece kapıdan yapılan ve satış sözleşmesine ilişkin aslî edim yükümünü, yani mülkiyetin devri borcunu içeren sözleşmelere uygulanabilmesi gibi olumsuz bir sonuç ortaya çıkarmaktaydı⁸. Başka bir deyişle bu ifade, maddenin kapsamını daraltacak nitelikteydi⁹. Ancak kapıdan yapılan sözleşme, çok çeşitli sözleşme tipleri şeklinde ortaya çıkmakta ve 4077 sayılı TKHK’daki hükümlerin varlık nedeni düşünüldüğünde, tüketicinin korunması ihtiyacı, sadece kapıdan satış sözleşmesinde değil, bu şekilde yapılan diğer tüketici sözleşmelerinde

yılı “*Satıcının Ticari İşyeri Dışında Müzakere Edilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Direktif*”, yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. DENİZ, Bahar Y.: “Avrupa Birliği Tüketicisi Hukuku ile Türk Tüketicisi Hukukunun Bazı Yönlerinin Karşılaştırmalı Değerlendirilmesi”, **TAAD**, Y. 4, S. 12, 2013, s. 245.

⁷ Bkz. TKHK m. 47/1 gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss490.pdf>, (Erişim: 05. 08. 2015).

⁸ OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Maddî Anlamda Uygulama Alanı)”, **AÜHF**, C.50, S.1, 2001, s. 86 ve aynı sayfada dn. 99; İKİZLER, Metin: “4822 sayılı Kanun’ la Değişik Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun İşığında Kapıdan Satışların Unsurları”, **DEÜHF**, C. 5, S. 2, 2003, s. 78-79.

⁹ ASLAN, İ. Yılmaz: **Tüketici Hukuku**, Bursa, 2006, s. 428. Doktrinde “*kapıdan satışlar*” yerine, “*kapı önünde yapılan sözleşme*”, “*kapıdan işlemler*”, “*kapı önü tüketici işlemleri*”, “*kapıdan tüketici işlemleri*”, gibi başlık önerilerinde bulunulmuştur. Bkz. ASLAN, **Tüketici**, s. 428; OĞUZ, Cemal: “Kapıdan Satışlarda Tüketicisiye Tanınan Cayma Hakkının Kullanılmasının Şartları ve Sonuçları”, **GÜHF**, C. 8, S. 1-2, 2004, s. 6; DEMİR, Mehmet: **Kapıdan İşlemlerde Tüketicisiye Koruyan Geri Alma Hakkı**, Ankara, 2003, s. 10; AYDOĞDU, Murat: **4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar**, İzmir, 1998, s. 38-39.

(örneğin, kapıdan kira, eser, taşıma, gezi, vb. sözleşmesi) de bulunmaktadır¹⁰. Dolayısıyla kanundaki hükümlerin sadece iş yeri dışında kurulan satış sözleşmesine değil, diğer sözleşmelere de uygulanması gerekir.

4077 sayılı TKHK iş yeri dışında kurulan sözleşmeleri, iş yeri, fuar, panayır gibi satış yerleri dışında yapılan satımlar olarak tanımlamaktaydı. 6502 sayılı TKHK ise bu sözleşmelerin “*nerelerde yapıldığında iş yeri dışında kurulan sözleşme olacakları*”, düşüncesinden hareketle bir tanım vermektedir. Ancak eski kanundaki ifade de yönetmelikte yerini almış ve İYDKSY¹¹ m.2/II, b. 6’da, fuar, panayır ve pazar yerlerinde yapılan satışlar kapsam dışında bırakılmıştır. İş yeri dışında kurulan sözleşmeler, TKHK m. 47/I’de, “*Satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasında; a) Teklifin satıcı veya sağlayıcı tarafından yapılmasına bakılmaksızın iş yeri dışında, tarafların eş zamanlı fiziksel varlığında kurulan, b) Tarafların eş zamanlı fiziksel varlığında tüketiciyle iş yeri dışında görüşülmesinin hemen sonrasında, satıcı veya sağlayıcının iş yerinde ya da herhangi bir uzaktan iletişim aracıyla kurulan, c) Mal ve hizmetlerin tüketiciye tanıtımı ya da satışı amacıyla satıcı veya sağlayıcı tarafından düzenlenen bir gezi esnasında kurulan, sözleşmeler iş yeri dışında kurulan sözleşmeler olarak kabul edilir.*” şeklinde tanımlanmıştır¹².

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 47/I’in metninden de anlaşıldığı üzere, iş yeri dışında kurulan sözleşmeler üç durumda ortaya çıkmaktadır. (1) Teklifin hangi taraftan geldiğine bakılmaksızın¹³, tarafların eş zamanlı fiziksel varlığında, satıcı/sağlayıcının iş yeri dışında, örneğin tüketicinin iş yerinde veya özel konutunda sözleşme kurulmaktadır. (2) Tüketicisiyle satıcı/sağlayıcının iş yeri dışında görüşmesinin hemen sonrasında, yani tüketicinin olağan bir değerlendirme yapmasına fırsat verecek bir

¹⁰ DEMİR, **Kapıdan İşlemler**, s. 10-11.

¹¹ RG 14.01.2015, S. 29236.

¹² Bu tanım, Direktif m. 2/VIII’deki tanımla hemen hemen aynıdır. Bkz. DENİZ, s. 246.

¹³ Sözleşme görüşmeleri talebinin tüketiciden gelmesi, sözleşme görüşmelerinin satıcı/sağlayıcının davranışıyla başlamadığı ve tarafların bu görüşmeleri yapma konusunda mutabakata vardıkları anlamına gelir. Uygulamada satıcı/sağlayıcılar, önceden mutabakat olmaması şartını bertaraf etmek, sözleşmeyi iş yeri dışında kurulan sözleşme olmaktan çıkarmak için çeşitli yöntemlere başvurmuşlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. KURT, L. Müjde: “TKHK Açısından Kapıdan Sözleşmelerde Tüketicisi Koruyan Geri Alma Hakkı”, **ABD**, S.2, 2011, s. 49-50; ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat: **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Ankara, 2004, s. 239-240; AYDOĞDU, **Kapıdan Satışlar**, s. 70-71; İKİZLER, s. 94 vd.. Dolayısıyla, kanunda belirtilen “*teklifin tüketici ya da satıcı veya sağlayıcı tarafından yapıldığına bakılmaksızın*” ifadesi, satıcı/sağlayıcıların, önceden mutabakatın olmaması şartını bertaraf etmek için başvurdukları yöntemlerin etkisiz kılınması amacıyla getirilmiştir.

zaman olmadan, satıcı/sağlayıcının iş yerinde veya uzaktan iletişim aracı¹⁴ kullanılarak kurulan sözleşmeler söz konusudur. Şayet tüketici, sözleşme kurulmadan önce satıcı veya sağlayıcının teklifini reddedecek kadar bir zamana sahipse sözleşme, iş yeri dışında kurulan sözleşme olarak nitelendirilemez. (3) Tüketiciler, bir gezi, tanıtım, parti, tur vb. etkinlik çerçevesinde aniden belirli sözleşmeler kurma yönünde tekliflerle karşılaşır. Örneğin, tatil kulüplerine çağrılan ve tanıtım yapılan durumlarda, tüketicilerle sözleşme imzalanması böyledir¹⁵.

Kanunda yapılan tanıma bakıldığında, iş yeri dışında kurulan sözleşmeleri tanımlamada kullanılan ölçütün, aslında sözleşme ile ilgili görüşmelerin veya sözleşmenin yapıldığı yer olduğu göze çarpmaktadır. Başka bir ifadeyle, bu sözleşmeleri karakterize eden temel nokta, sözleşme görüşmelerinin yapıldığı ya da sözleşmenin kurulduğu yerdir¹⁶. Bu nedenle iş yeri dışında kurulan sözleşmeler aslında bağımsız bir sözleşme tipi olmayıp; konusuna göre bir malın satımı söz konusuysa satım sözleşmesi ya da bir hizmetin sunumu söz konusuysa hizmetin türüne göre eser, taşıma vb. sözleşmesidir¹⁷. Böylece üst bir kavram olarak kullanılan “iş yeri dışında kurulan sözleşmeler” terimi, çok sayıda ve çeşitli tipte yapılan tüketici sözleşmelerini kapsar¹⁸.

II. UYGULAMA ALANI DIŞINDA BIRAKILAN SÖZLEŞMELERE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

Kapıdan Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 14’e göre, yönetmelik hükümleri bazı sözleşmelere uygulanmamaktaydı. Bunlar: “a) *Beslenme destek ürünleri hariç olmak üzere, ticarî örf ve adet gereği meyve, sebze, süt gibi gıda ve içeceklerin düzenli aralıklarla satışa sunulmasına ilişkin sözleşmeler*; b) *Banka, sigorta*¹⁹ ve

¹⁴ İYDKSY m. 4’e göre uzaktan iletişim aracı, “*Mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, kısa mesaj, internet gibi fiziksel olarak karşı karşıya gelinmesizin sözleşme kurulmasına imkân veren her türlü araç veya ortamı*” ifade eder.

¹⁵ Bkz. TKHK m. 47/II-III-IV gerekçesi, AYDOĞDU, Murat: **Tüketici Hukuku Dersleri**, 2015, s. 281-282; ASLAN, İ. Yılmaz: **Tüketici Hukuku**, Bursa, 2014, s. 466-467.

¹⁶ Yer unsuru, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 8. maddesinde daha belirgin ifade edilmekteydi. TKHK m.8/1’e göre, “*Kapıdan satış; işyeri, fuar, panayır gibi satış mekânları dışında yapılan satımlardır.*”

¹⁷ İLHAN, Cengiz: **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Şerh**, Ankara, 2006, s. 164; İKİZLER, s. 103.

¹⁸ DEMİR, **Kapıdan İşlemler**, s. 296.

¹⁹ Kapıdan Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’in sigorta sözleşmelerini kapsam dışı bırakması doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir. Bu eleştiriler için bkz. DEMİR, **Kapıdan İşlemler**, s. 228-232; AYDOĞDU, **Kapıdan Satışlar**, s.

menkul kıymet sözleşmeleri, c) Taşınmaz satış ve kiralama sözleşmeleri ve taşınmaza ilişkin diğer haklarla ilgili sözleşmeler.” Yeni yönetmelik ile bu sözleşmelere ek olarak bazı birtakım sözleşmeler de yönetmeliğin kapsamı dışında bırakılmıştır. İYDKSY m.2/II’ye göre, “a) Finansal hizmetler, b) Taşınmaz malların veya bu mallara ilişkin hakların oluşumu, devri veya kazanımı, c) Konut kiralama, ç) Paket turlar, d) Devre tatil, uzun süreli tatil hizmeti ve bunların yeniden satımı veya değişimi²⁰, e) Fuar, panayır ve Pazar yerlerinde yapılan satışlar, f) Beslenme destek ürünleri hariç olmak üzere, yiyecek ve içecekler gibi günlük tüketim maddelerinin, satıcının düzenli teslimatları çerçevesinde tüketicinin meskenine veya iş yerine götürülmesi, g) Mal veya hizmet bedeli otuz Türk Lirasını aşmayan satışlar²¹, ğ) Malların montaj, bakım ve onarımı, h) 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik haberleşme Kanunu uyarınca yetkilendirilmiş işletmecilerin, mal satışları ile mal ve hizmet satışını birlikte yaptıkları durumlar hariç olmak üzere, sunduğu elektronik haberleşme hizmetleri, ı) Elektrik, su ve doğal gaz hizmetlerine ilişkin abonelikler ile ilgili sözleşmelere” yönetmelik hükümleri uygulanmayacaktır²².

65; ASLAN, **Tüketici**, s. 431; ÖZMEN, Emin: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine göre kapıdan satışlar”, **İzmir Barosu Dergisi**, C. 61, S. 4, 1996, s. 58.

²⁰ 4822 sayılı Kanun’dan önce devre tatil sözleşmelerinin, 4077 sayılı TKHK kapsamına girdiği ve kapıdan satış hükümlerine tabi olduğu için geri alma bildirim belgesi verilmesi gerektiği hususu, Antalya 3. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin Yargıtay tarafından da onaylanan kararından (T. 01.07.1996 E. 1996/318, K. 1996/569) sonra başlamıştır (Y. 13. HD. T. 03.12.1996, K. 10816). Esasen bu değerlendirme, 21.12.1995 tarihinde RG’de yayınlanan TRKGM-95/136-137 sayılı Kapıdan Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esaslarına Dair Tebliğ’den sonra, tebliğ m.2/I, b. b’de, tebliğin toplantılı (grup) satışlara uygulanması ile kabul görmeye başlamıştır. Zira devre tatil sözleşmeleri uygulamada genellikle, gezi, davet, parti gibi bir organizasyon, yani toplantılı bir ortamda akdedilmekteydi. 4822 sayılı Kanun’la devre tatil sözleşmelerinin tanımı yapılarak bu sözleşmeler hüküm altına alınmış ancak bu sözleşmelerde, geri alma bildirim belgesi verilmesi zorunluluğu düzenlenmemiştir. Daha sonra çıkarılan Devre Tatil Sözleşmeleri Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile bu sözleşmeler için de geri alma hakkı öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. YETİMOĞLU, Uğur: “Devreli Tatil Sistemleri ve Tüketici Hukuku”, **TBB Dergisi**, S. 55, 2004, s. 374 vd.. Buna rağmen Yargıtay’ın birçok kararında devre tatil sözleşmeleri için iş yeri dışında kurulan sözleşme hükümlerinin kıyasen uygulandığı görülmektedir. Bu düzenlemeden sonra artık devre tatil sözleşmelerine, iş yeri dışında kurulan sözleşme hükümleri uygulanmayacaktır.

²¹ 4822 sayılı Kanun’la değiştirilmeden önce 4077 sayılı TKHK m. 8/1’ e göre, değeri 1.000.000 Türk Lirasını aşan mal satışlarında veya hizmet sunumlarında, iş yeri dışında kurulan sözleşme hükümleri uygulanıyordu. Bu miktar her yıl için ayrıca belirlenmekteydi. Değişiklikten sonra bu miktar sınırı kaldırılmıştı. Miktar sınırının kaldırılması ile alınan mal ve hizmetin değerine bakılmaksızın bütün iş yeri dışında kurulan sözleşmelerin kapsam içine alınmasının, tüketicilere daha geniş bir koruma sağladığı doktrinde ifade edilmiştir. OĞUZ, s. 43; İKİZLER, s. 102.

²² Direktif m.3/III’e göre direktifin uygulanmadığı bazı sözleşmeler şu şekildedir: a) sosyal

Görüldüğü üzere, iş yeri dışında kurulan sözleşme, satıcı/sağlayıcının iş yeri dışında ya da satıcı/sağlayıcı tarafından düzenlenen bir gezi esnasında yapılsa bile, fıkra da belirtilen hususlarla ilgili sözleşmeler yönetmeliğin kapsamı dışında kalır²³ ve bu sözleşmelere yönetmelik hükümleri uygulanmaz²⁴.

III. GERİ ALMA HAKKINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

A. Geri Alma Hakkının Süresi

1. Bilgilendirme Yükümlülüğü Yerine Getirilmişse

İş yeri dışında kurulan sözleşmelerde tüketici, TKHK m.47/V'e göre, geri alma hakkını, on dört gün içinde kullanabilecektir. 4077 sayılı TKHK'da yedi gün olarak öngörülen bu sürenin, on dört güne çıkarılması, tüketicinin korunması bakımından önemli bir gelişmedir²⁵. Böylece tüketici, düşünmek ve sağlıklı karar verebilmek için daha geniş bir zamana kavuşmuştur.

Geri alma hakkına ilişkin on dört günlük sürenin işlemeye başlama anı, sözleşmenin konusuna göre farklılık göstermektedir²⁶. Şöyle ki İYDKSY m. 8/II'ye göre geri alma hakkı süresi, hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu gün²⁷, mal teslimine ilişkin sözleşmelerde ise tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin malı teslim aldığı gün başlamaktadır. Yine aynı fıkra ya göre tüketici, sözleşmenin kurulması ile malın teslim edilmesine kadar olan süre içerisinde de geri alma hakkını kullanabilecektir. Ayrıca İYDKSY m. 8/IV'e göre, malın satıcı tarafından bir taşıyıcıya teslim edilmesi, tüketiciye yapılan teslim olarak kabul edilmediğinden, geri alma hakkı süresi de başlamayacaktır.

hizmetler, b) sağlık hizmetleri, c) kumar ve bahisçilik, d) mali hizmetler, e) taşınmaz malların veya bu mallar üzerindeki hakların kazanılması veya devri, f) yeni binaların yapımı, mevcut binaların esaslı değişikliği, kalmak amaçlı kiralama, g) paket tur kapsamındaki, h) yolcu taşıma sözleşmeleri, i) otomatik satış makineleri, j) telekomünikasyon. Bkz. DENİZ, s. 247-248.

²³ Benzer sınırlamalara İsviçre, Alman ve Avusturya hukuklarında da rastlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, Çağlar: **Mukayeseli Hukuk İşığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı**, Ankara, 1999, s. 186-188.

²⁴ Bu sınırlamaların yönetmelikle belirlenmiş olması doktrinde eleştiri konusu olmuştur. Bkz. AYDOĞDU, **Kapıdan Satışlar**, s.63-64; DEMİR, **Kapıdan İşlemler**, s. 141.

²⁵ Bu süre Direktif m. 9/I' e göre de on dört gündür. İsviçre hukukunda süre, OR Art. 40e/II' ye göre ise yedi gündür.

²⁶ YILDIRIM, Abdulkerim: **Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, Ankara, 2009, s. 231.

²⁷ Bu husus kanunda düzenlenmeden önce Yargıtay farklı bir görüşteydi. Gerçekten de Yargıtay 13. HD. Bir kararında (T. 6.5.2003, E. 2003/1605, K. 2003/5635), "... hizmet edimlerinde ise hizmet ediminin tüketiciye ifa edildiği anda işlemeye başlayacağını kabulü gerekir.". Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim: 3.8.2015).

Mal teslimine ilişkin sözleşmelerde, geri alma süresinin teslim tarihinden itibaren başlatılması, yerinde bir düzenlemedir. Zira tüketici, geri alma hakkını kullanıp kullanmama konusunda kararını, ancak malı fizikî olarak değerlendirdikten sonra verebilecektir. Dolayısıyla tüketiciye başka bir mal teslim edilmiş, mal kısmen teslim edilmiş veya mal hiç teslim edilmemişse, tüketici için geri alma süresi işlemeye başlamayacaktır²⁸. Yönetmelikteki m. 8/III'e göre de sürenin belirlenmesinde, tek sipariş konusu olup ayrı ayrı teslim edilen mallarda tüketicinin son malı teslim aldığı gün, birden fazla parçadan oluşan mallarda tüketicinin son parçayı teslim aldığı gün, belirli bir süre boyunca malın düzenli tesliminin yapıldığı sözleşmelerde ise tüketicinin ilk malı teslim aldığı gün esas alınır. Malın ayıplı olması hâlinde, geri alma süresinin işleyip işlemeceği de tartışmalıdır²⁹.

İş yeri dışında kurulan sözleşmenin konusu hem hizmet ifası hem de bir malın teslimi ise İYDKSY m. 8/V'e göre, mal teslimine ilişkin geri alma hakkı hükümleri uygulanır.

Tüketiciye tanınan geri alma hakkının, süresinde kullanılmış kabul edilebilmesi için, tüketicinin on dört günlük geri alma süresi içerisinde, geri alma bildirimini satıcı/sağlayıcıya yönelmiş³⁰ olması yeterlidir. Yani geri alma bildiriminin bu süre içerisinde satıcı/sağlayıcıya ulaşmasına gerek yoktur³¹. Bu sonuca, TKHK m.47/V'teki "*Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir.*" ifadesinden varmak mümkündür. Bu nedenle on dördüncü günün sonunda gönderilecek olan geri alma bildirimini de süresinde yapılmış olur ve hükümlerini doğurur³². Aynı sonuca taksitle satışlara ilişkin TBK m.255/I

²⁸ STADLER, Astrid: **Bürgerliches Gesetzbuch**: Hrsg. Jauernig, Othmar, München, 2011, s. 409, N. 8; YILDIRIM, s. 231-232.

²⁹ STADLER, s. 409, N. 8.

³⁰ Yenilik doğuran haklar ilke olarak muhatabına ulaşması (varması) gerekli irade beyanıyla kullanılır. Bkz. BUZ, Vedat: **Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, 2005, s. 254; EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2014, s. 66. Ancak yenilik doğuran bir hak olmasına rağmen geri alma hakkı, bu hususta yenilik doğuran haklardan ayrılmaktadır.

³¹ KARA, İlhan: **Tüketici Hukuku**, Ankara, 2012, s. 499. Ayrıca TKHK m. 47'nin gerekçesinde de açıkça geri alma bildiriminin satıcı veya sağlayıcıya varması veya onun tarafından öğrenilmiş olmasının aranmayacağı ifade edilmiştir.

³² YILDIRIM, s. 230; OĞUZ, 37; AYDOĞDU, **Kapıdan Satışlar**, s. 191; ÖZEL, s. 192; DEMİR, **Kapıdan İşlemler**, s. 325. OR Art. 40e/IV'e göre de geri alma açıklaması, yedinci günün sonunda postaya verilirse süreye riayet edilmiş olur. Bkz. GONZENBACH, Rainer: **Basler kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I., Art. 1-529 OR**. Hrsg. Honsell, H., Vogt, N. P. (3. Auflage). Basel-Genf-München, 2003, s. 316, N. 3.

hükümünün kıyasen uygulanması ile de ulaşılabilir. Bu hükme göre, “*Geri alma bildiriminin sürenin son gününde postaya verilmiş olması sonuç doğurması için yeterlidir.*”. Dolayısıyla geri alma bildiriminin karşı tarafa geç ulaşması tüketici aleyhine sonuç doğurmaz³³. Eğer geri alma süresi içerisinde geri alma bildirimini de satıcı/sağlayıcıya ulaşması aransaydı o zaman, geri alma hakkı tüketici için işlevini önemli ölçüde yitirirdi. Bu nedenle geri alma bildirimini satıcı/sağlayıcıya ulaştığı an önemli değildir³⁴.

Geri alma hakkının yenilik doğuran hak olma özelliğinden dolayı tüketiciye tanınan on dört günlük süre, hak düşürücü niteliktedir³⁵. Bu nedenle sürenin kesilmesi ve durması söz konusu olmaz. Tüketici, geri alma süresi içinde geri alma bildiriminde bulunmazsa, geri alma hakkını kaybeder ve böylece sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Bu da zımnî bir onaylama anlamına gelir³⁶.

Geri alma hakkı için tüketiciye tanınan on dört günlük süre, nisbî emredici nitelikte olup, tüketicinin lehine olarak sözleşmeyle uzatılabilir, fakat kısaltılamaz³⁷. Zira iş yeri dışında kurulan sözleşmede tüketiciye geri alma hakkının tanınması, sözleşmenin zayıf tarafı olan tüketicinin korunması amacıyla hizmet etmektedir³⁸.

2. Bilgilendirme Yükümlülüğü Yerine Getirilmemişse

Tüketiciye tanınan on dört günlük geri alma hakkı süresinin başlayabilmesi için mallara ilişkin sözleşmelerde teslim ve hizmete ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulması yeterli olmamakta, ayrıca ikinci bir şart olarak satıcı/sağlayıcının geri alma hakkı konusunda tüketiciyi bilgilendirmesi, yani bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekmektedir³⁹. Gerçekten de TKHK m. 47/VI'ya göre, satıcı/sağlayıcının yükümlülüklerine⁴⁰

³³ KARA, s. 499.

³⁴ YILDIRIM, s. 230-231.

³⁵ BUZ, s. 261 vd.; DEMİRBAŞ, Harun: **Yenilik Doğuran Haklar**, İstanbul, 2007, s. 74-75; EREN, s. 67-68; AYDOĞDU, **Kapıdan Satışlar**, s. 194; DEMİR, **Kapıdan İşlemler**, s. 315.

³⁶ AYDOĞDU, **Kapıdan Satışlar**, s. 194.

³⁷ GONZENBACH, s. 315, N. 1; AYDOĞDU, **Kapıdan Satışlar**, s. 194; DEMİR, **Kapıdan İşlemler**, s. 315, 321; KURT, s. 60; ASLAN, **Tüketici Hukuku**, s. 474.

³⁸ KURT, s. 60; AYDOĞDU, **Kapıdan Satışlar**, s. 194.

³⁹ HEINRICH, Helmut: **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**. (62. Neubearbeitete Auflage, Band 7). München, 2003, s. 501, N. 5; STADLER, s. 409, N. 7; KURT, s. 59; DEMİR, **Kapıdan İşlemler**, s. 317.

⁴⁰ Satıcı/sağlayıcının başlıca yükümlülükleri, bilgilendirme yükümlülüğü, sözleşmenin bir örneğinin tüketiciye verilmesi yükümlülüğü ve taahhüt edilen süre içerisinde mal veya hizmeti tüketiciye sunma yükümlülüğüdür.

aykırı hareket etmesi veya tüketiciyi geri alma hakkı konusunda yeterince bilgilendirmemesi durumunda, tüketici geri alma hakkını kullanmak için on dört günlük süre ile bağlı olmayacaktır⁴¹.

Bilgilendirme yükümlülüğü TKHK m. 47/III'te belirtilmiştir. Buna göre tüketicinin sözleşme ya da buna karşılık gelen herhangi bir öneri ile bağlanmadan önce ayrıntıları yönetmelikte belirtilen hususlarda, satıcı/sağlayıcı tarafından açık ve anlaşılır şekilde bilgilendirilmesi zorunludur. Bilgilendirmeye ilişkin ayrıntılar, yönetmeliğe bırakılmıştır. İYDKSY m. 5'te ön bilgilendirme başlığı altında sözleşme öncesi bilgilendirmeye ilişkin düzenleme yer almaktadır. Buna göre satıcı/sağlayıcı, sözleşme konusu mal veya hizmetin temel nitelikleri, kendi adı veya unvanı ile iletişim bilgileri, mal veya hizmetin Türk Lirası olarak vergiler dâhil toplam fiyatı, geri alma hakkının olduğu durumlarda geri alma hakkının kullanılma şartları hakkında, en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciyi bilgilendirmek zorundadır.

Bilgilendirilecek noktalardan geri alma hakkına ilişkin olan bilgilendirme diğerlerine göre daha fazla önem taşımaktadır. Böyle bir sonuca, hem kanunda ve yönetmelikte geri alma hakkına ilişkin bilgilendirmenin çokça vurgulanmış olmasından hem de geri alma hakkının tüketicinin korunmasında en etkili araç olmasından varılabilir. Bu nedenle satıcı/sağlayıcı, yasal bir yükümlülük olarak geri alma hakkının varlığı, içeriği, şekli, süresi gibi konularda ayrıntılı ve aydınlatıcı bir şekilde tüketiciyi bilgilendirmekle yükümlüdür. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki satıcı/sağlayıcının bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi, yani hiç ya da gereği gibi bilgilendirme yapmaması, sözleşmenin geçersizliğine neden olmaz. Zira bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi, iş yeri dışında kurulan sözleşmeler için bir geçerlilik koşulu değildir⁴².

⁴¹ GONZENBACH, s. 314, N. 4. Yargıtay da bir kararında bu yönde bir görüş belirtmiştir. Y. 13. HD. 8.2.2005, E. 2004/14235, K. 2004/1804, "Anılan yasanın kapıdan satış hükümlerine ilişkin 9. Maddesi hükmüne göre özetle satıcı hazırladığı sözleşme fatura veya teslim makbuzu ile birlikte en az 12 punto siyah koyu harflerle yazılmış, alıcıya hiçbir cezai ve hukuki sorumluluk üstlenmeksizin ve hiçbir gerekçe göstermeksizin satımdan cayma hakkının olduğunu belirten belgeyi imza karşılığı vermek zorundadır. Taraflar arasında düzenlenen sözleşme ve cayma belgesi belirtilen şekilde düzenlenmemiş ve tüketici davacının haklarını belirten belgeyi davacıya vermemiştir. Bu şekilde eksik düzenlenen sözleşmelerden alıcı 7 günlük süre ile bağlı olmaksızın her zaman dönebilir." Bkz. KURT, s. 59, dn. 78.

⁴² DEMİR, *Kapıdan İşlemler*, s. 317-318.

Yönetmelikte bilgilendirmenin açık, sade ve okunabilir bir şekilde yapılması gerektiği belirtilerek, bilgilendirme işleminin anlam, konu ve içeriğinin tüketiciye yeterli açıklıkta sunulması güvence altına alınmaya çalışılmıştır⁴³. Aynı şekilde yönetmeliğin yedinci maddesinin ikinci fıkrasında satıcı/sağlayıcının, geri alma hakkının kullanılabilirdiği sözleşmeler için “*On dört gün içinde cayma hakkımın olduğu konusunda bilgilendirildim.*” ifadesini tüketicinin kendi el yazısı ile yazmasını sağlamak zorunda olduğu ifade edilmiştir.

Tüm bunlardan hareketle TKHK m. 47/VI’ya göre, eğer satıcı/sağlayıcı, yükümlülüklerine aykırı hareket ederse veya geri alma hakkı konusunda tüketiciyi bilgilendirmezse tüketici, geri alma hakkını kullanmak için on dört günlük süre ile bağlı olmayacaktır. Ancak bu yükümlülük yerine getirilmemiş olsa bile tüketicinin geri alma hakkı, her halükârda geri alma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona ermektedir. 6502 sayılı TKHK ile bir yıllık üst süre sınırı getirilmesi alışveriş hayatının yapısına ve adalet ilkesine daha uygun olduğundan isabetli olmuştur⁴⁴.

Satıcı/sağlayıcı, tüketiciyi eksik ya da yanlış bilgilendirmişse sonradan bunu giderme olanağına da sahiptir. Bu durumda İYDKSY m. 9/II’ye göre satıcı/sağlayıcı bir yıl içinde yönetmelikte belirtilen yükümlülüklerini yerine getirirse veya geri alma hakkı konusunda tüketiciyi gerektiği şekilde bilgilendirirse, on dört günlük geri alma hakkı süresi, söz konusu yükümlülüklerin yerine

⁴³ DEMİR, **Kapdan İşlemler**, s. 317.

⁴⁴ YILDIRIM, s. 230. 4077 sayılı TKHK’nın yürürlükte olduğu zaman böyle bir üst süre öngörülmediğinden, bu konuda Yargıtay kararlarından da anlaşıldığı üzere dürüstlük kuralı esas alınarak bir çözüme gidilmekteydi. 13. HD. 10.3.2005, E. 2004/14235, K. 2005/4033, “*Davacı cayma belgesinin verilmediğinden bahisle 17.11.2000 tarihli ihtarname ile sözleşmeyi feshet ettiğini bildirip, 30.01.2001 tarihinde de bu davayı açmıştır. Sözleşmenin yapıldığı 07.07.1997 tarihinden, feshet ihtarının gönderildiği tarihe kadar 3 yıl 4 aydan fazla bir süre geçmiş olup, davacının ödemesi gereken çok büyük bir kısmı ile yaptığı yan ödemeler de nazara alındığında, satış sözleşmesinin davacı tarafça benimsendiğinin kabulü gerekir. Bu kadar uzun bir süre geçtikten, borcun çok büyük bir kısmı ödenip, çok az bir kısmı kaldıktan sonra, cayma belgesi verilmediğine dayanılarak sözleşmenin feshini istemek iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz.*” 13. HD. 10.3.2005, E. 2004/15679, K. 2005/4033. Bkz. KURT, s. 59-60, dn. 80. 13. HD. 3.6.2004, 5901-8716, “*Davacı 27.11.2000 tarihli satış sözleşmesi ile davalı şirketten satın aldığı Rainbow elektrik süpürgesini bu sürede kullandıktan sonra 11.6.2001 tarihinde davayı açmıştır. Davacının uzun süre kullandıktan sonra bu davayı açması MK.2. maddesinde düzenlenen iyiniyet kurallarına aykırıdır. Davacı tarafından ürünün ayıplı olduğu da iddia edilmediği gibi, hile ile kredi kullandırıldığı da kanıtlanamamıştır. Bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekir.*” Bkz. KADIOĞLU, Kâmil: **Gerekeçli-Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat**, Ankara, 2005, s. 395-396.

getirildiği veya geri alma hakkına ilişkin bilgilendirmenin gereği gibi yapıldığı gündünden itibaren işlemeye başlayacaktır. Ayrıca tüketicinin geri alma hakkı konusunda bilgilendirildiğini, İYDKSY m. 9/I gereğince, satıcı/sağlayıcı ispat etmek zorundadır.

B. Geri Alma Hakkının Kullanılması

İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği m. 10'da, tüketicinin geri alma hakkını kullandığına dair bildirimini, yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı⁴⁵ ile satıcı/sağlayıcıya yöneltmesinin yeterli olduğu belirtilmektedir⁴⁶. Yönetmelikte bu şekilde belirtilmiş olmasına rağmen, "Tüketici, geri alma bildirimini başka bir şekilde de yapabilir mi?" sorusu akla gelmektedir. Yani geri alma bildirimini için öngörülen bu şekil acaba ispat şekli mi yoksa geçerlilik şekli midir? Örneğin, tüketici malı satıcıya elden teslim etse veya kargo ile gönderse bu, geçerli bir geri alma bildirimini olarak kabul edilmeyecek midir?⁴⁷ Bu konuda bir açıklık olmadığından düzenlemenin anlamını tespit etmek için hükmün yorumlanması gerekmektedir. Bu yorum yapılırken de hükmün konulmasının asıl amacının tüketiciyi korumak olduğu göz ardı edilmemelidir⁴⁸.

Yönetmeliğin geri alma bildirimini yazılı olarak yapılmasını aramasının altında yatan neden, hem geri alma iradesinin açıkça ortaya koyulması hem de ileride bir uyuşmazlık meydana geldiğinde tüketici açısından bunu ispatlama

⁴⁵ İYDKSY'nin tanımlar başlıklı 4. maddesinde, kalıcı veri saklayıcısının tanımı yapılmıştır. Buna göre kalıcı veri saklayıcısı, "tüketicinin gönderdiği veya kendisine gönderilen bilgiyi, bu bilginin amacına uygun olarak makul bir süre incelemesine elverecek şekilde kaydedilmesini ve değiştirilmeden kopyalanmasını sağlayan ve bu bilgiye aynen ulaşmasına imkân veren kısa mesaj, elektronik posta, internet, disk, CD, DVD, hafıza kartı ve benzeri her türlü araç veya ortamı" ifade eder.

⁴⁶ 4822 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce 4077 sayılı TKHK m. 8/II, c. 2'de geri alma bildirimini, "...*iadeli taahhütlü mektup ya da noter aracılığı ile ulaşması veya bizzat teslim edilmesi...*" şeklinde yapılacağı belirtilmekteydi. Buradaki şeklin geçerlilik şekli olmayıp, ispat şekli olduğu kabul edilmekteydi. Bu konu hakkında bkz. AYDOĞDU, **Kapıdan Satışlar**, s. 197; ASLAN, **Tüketici**, s. 438. Aksi yönde bir görüş için bkz. ATASOY, Ö. Adil/TAŞKIN, Mustafa/ACAR, Hakan: **Tüketiciyi Koruma Hukuku**, Ankara, 2000, s. 169. Yazara göre, ya bu şekil geçerlilik şekli olarak kabul edilmeli ya da adi yazılı şekilde ve elden teslim suretiyle yapılan geri alma bildirimlerinin geçerli sayılabilmesi için tüketiciye bir alındı belgesi verilmesi veya geri alma bildirimini taşıyan belgenin bir nüshasının satıcı/sağlayıcı tarafından onaylanarak tüketiciye geri verilmesi gerekmektedir. İsviçre hukukunda da OR Art. 40e/1'e göre tüketici, sağlayıcıya geri alma iradesini yazılı olarak açıklamalıdır.

⁴⁷ Malın gönderilmesi yazılılık şartı için yeterli değildir. Bkz. GONZENBACH, s. 315, N. 2.

⁴⁸ AYDOĞDU, **Kapıdan Satışlar**, s. 197-198.

kolaylığı sağlayacak olmasıdır⁴⁹. Kanaatimizce madde metninde belirtilen geri alma bildiriminin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile yöneltilmesi ifadesi, sözleşmenin zayıf tarafı olan tüketici lehine yumuşatılmalı ve eğer somut olayda, tüketicinin geri alma iradesi kuşkuya mahâl bırakmayacak şekilde anlaşılıyorsa geçerli bir geri alma bildiriminin varlığı kabul edilmelidir⁵⁰. Bu nedenle maddede belirtilen şekli, geçerlilik şekli olarak anlamamak gerekir⁵¹. Aksi durum, yani geri alma bildirimini geçerlilik şekline tabi tutmak ve bu şekle uyulmadığında da geri almanın sonuç doğurmayacağını kabul etmek, tüketicinin korunması amacına ters düşer. Tüketiciyi korumak için getirilen hüküm, tüketicinin aleyhine sonuçlar doğurur. Dolayısıyla tüketicinin, şekle uymadığı için geri alma hakkından mahrum bırakılması düşünülemez⁵².

Tüketicieye tanınan geri alma hakkının şekil şartına tabi olmasının pratik önemi ise kendini, satıcı/sağlayıcının, tüketicieye geri alma bildiriminde bulunmadığını veya kanunda belirtilen süre içerisinde bulunmadığını iddia ettiğinde gösterir. Zira satıcı/sağlayıcı böyle bir iddiada bulunduğu anda, geri alma hakkının kullanıldığını ispat yükü İYDKSY m. 10/IV'e göre tüketicieye aittir. Yani geri alma hakkının kullanımına ilişkin bir uyuşmazlık ortaya çıktığında ispat yükü, tüketicinin üzerindedir⁵³. Bu nedenle ispat hukukuna ilişkin sorunların önlenmesi açısından, geri alma bildiriminin en azından yazılı olarak yapılması tüketicinin yararına olacaktır⁵⁴.

⁴⁹ DEMİR, **Kapıdan İşlemler**, s. 311; OĞUZ, s. 36; ASLAN, **Tüketici**, s. 438.

⁵⁰ 13. HD. 5.6.2012, E. 2012/11225, K. 2012/14730, "Dava, sözleşmenin iptali-ayıplı mal davasıdır. Kapıdan satışlarda; tüketici, teslim aldığı tarihten itibaren yedi gün içinde malı kabul etmekte veya hiçbir gerekçe göstermeden ve hiçbir yükümlülük altına girmeden reddetmekte serbest olup, cayma bildirimini için herhangi bir şekil şartı veya usul belirlenmemiştir. Ancak, telefon arama kayıtları, konuşmaların içeriğine ilişkin bilgi vermediğinden cayma hakkının kullanıldığını kabul etmeye yeterli delil sayılamaz. Cayma hakkının süresinde satıcıya bildirildiğini ispat külfeti davacı tüketicidedir. Davacıdan bu yönde tüm delilleri sorulup neticesine göre hüküm kurulması gerektiği gözetilmelidir." bzk. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim: 3.8.2015).

⁵¹ Eski yönetmelikte geri alma bildiriminin şekle tabi olmadığı açıkça ifade edilmekteydi. KSİY m. 11/III'te, "Mal veya hizmetin reddedilmesi halinde tüketici cayma kararını, herhangi bir şekil şartına bağlı kalmaksızın satıcıya bildirir." şeklinde ifade edilmişti.

⁵² YILDIRIM, s. 238.

⁵³ AYDOĞDU, **Kapıdan Satışlar**, s. 198; OĞUZ, s. 36. İspat yükünün tüketicieye ait olduğu yönetmelikte belirtilmemiş olsaydı da aynı sonuca TMK m. 6'dan da ulaşılabilirdi. TMK m. 6'ya göre, "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür."

⁵⁴ ASLAN, **Tüketici Hukuku**, s. 473.

Tüketici, yazılı bir beyanla geri alma bildiriminde bulunmak isterse bu beyanında, “geri alma” ya da “cayma” ifadesini kullanmak zorunda değildir. Tüketicinin sözleşmeyi kurmaya yönelik öneri veya kabul olarak açıkladığı irade beyanıyla bağlı olmamak konusundaki iradesini, açık ve anlaşılır bir şekilde ortaya koyması yeterlidir⁵⁵. Hatta tüketicinin bu anlama gelmek üzere, “sözleşmeyi feshettiğini, iptal ettiğini, malı reddettiğini veya bedeli geri istediğini” belirtmesi de yeterli olacaktır⁵⁶. Ayrıca daha önce de izah edildiği üzere tüketicinin, geri alma bildiriminde herhangi bir neden göstermek ya da haklı bir nedene dayanmak gibi bir zorunluluğu da yoktur. Bu nedenle tüketici, beyanında bir neden göstermiş olsa bile bu nedenin varlığını ispat etmek zorunda değildir⁵⁷.

Ayrıca İYDKSY m. 10/II’ye göre, tüketici geri alma bildiriminde bulunmak için yönetmeliğin ekinde yer alan formu da kullanabilecektir. Ancak bunun için İYDKSY m. 10/III’e göre, formun sözleşmenin kurulduğu sırada tüketiciye verilmesi gerekir⁵⁸.

C. Geri Alma Hakkının Kullanılmayacağı Durumlar

1. Genel Olarak

İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği m. 14’te geri alma hakkının istisnaları düzenlenmiştir⁵⁹. Bu maddeye göre taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça aşağıda belirtilen sözleşmelerde geri alma hakkı kullanılmayacaktır⁶⁰: 1) Tüketicinin istekleri ve ihtiyaçları doğrultusunda

⁵⁵ KURT, s. 58; ZEVLİLER/AYDOĞDU, s. 250; DEMİR, **Kapıdan İşlemler**, s. 312.

⁵⁶ ZEVLİLER/AYDOĞDU, s. 250.

⁵⁷ AYDOĞDU, **Kapıdan Satışlar**, s. 195; KURT, s. 58; ZEVLİLER/AYDOĞDU, s. 250; DEMİR, **Kapıdan İşlemler**, s. 312-313;

⁵⁸ Y. 13. HD. T. 6.5.2002, E. 2002/2246, K. 2002/5136, “Cayma bildirim belgesinin bakanlık onayı taşıması ve kanunun öngördüğü usule uygun olarak, ayrı bir tutanak ile davacılara teslim edilmesi gerekir. Usulüne uygun olarak düzenlenmiş cayma bildirim belgesi verilmediği takdirde, tüketiciler sözleşmeden yedi günlük yasal süre ile bağlı olmadan her zaman dönebilirler.”. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim: 3.8.2015). Y. 13. HD. T. 23.3.2004, 2003/14352-2004/3861, “Kapıdan satış sözleşmesine konu ürünün alıcı davacıya teslim edildiği ve sözleşme sırasında cayma belgesi verilmediği tartışmasız olduğuna ve cayma belgesi verilmemesi nedeniyle sözleşmenin feshine ve ödenen paranın istirdadına karar verildiğine göre haksız iktisap hükümleri uyarınca davacının da karşılıklı olarak ve aynı anda aldığı ürünün iadesine karar verilmesi gerekir.”. Bkz. KADIOĞLU, s. 396-397.

⁵⁹ Tüketicinin korunması bakımından en etkili yol olan geri alma hakkına ilişkin istisnaların kanunla değil de yönetmelikle getirilmiş olmasının yerindeliği tartışmaya açıktır. Aynı durum mesafeli sözleşmeler bakımından da geçerlidir. Bkz. YILDIRIM, s. 240.

⁶⁰ Direktif m. 16’ya göre de şu durumlarda geri alma hakkı kullanılmayacaktır: a) hizmet sözleşmelerinde, belli koşullarla hizmet tamamen yerine getirilmişse, b) bedelin piyasadaki dal-

hazırlanan mallara ilişkin sözleşmeler, 2) Çabuk bozulabilen ve son kullanma tarihi geçebilecek malların teslimine ilişkin sözleşmeler, 3) Tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olan mallardan; iadesi sağlık ve hijyen açısından uygun olmayanların teslimine ilişkin sözleşmeler, 4) Malın tesliminden sonra ambalajın açılmış olması hâlinde maddî ortamda sunulan dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemelerine ilişkin sözleşmeler, 5) Geri alma süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetlere ilişkin sözleşmeler.

Geri alma hakkının kullanımına ilişkin böyle bir istisna⁶¹ getirilmesinin nedeni, bu hakkın sayılan sözleşmelerin içerik ve bünyesine uygun düşmeyeceği düşüncesidir⁶². Anılan sözleşmeler, aslında “iş yeri dışında kurulan sözleşme” niteliğinde olmasına rağmen, taraflar aksini kararlaştırmamışsa, geri alma hakkının uygulama alanı dışında kalacaktır. Fakat taraflar, aralarında anlaşarak bu sözleşmeler için de tüketiciye geri alma hakkı tanıyabilir. Ayrıca geri alma hakkının kullanılmayacağı sözleşmeler tek tek belirtildiği için maddede sayılanlar dışındaki sözleşmeler bakımından tüketicinin geri alma hakkına sahip olmadığı kararlaştırılmayacaktır⁶³.

2. Tüketicinin İsteği veya Kişisel İhtiyacı Doğrultusunda Hazırlanan Mallara İlişkin Sözleşmeler

Konusunu, tüketicinin isteği veya kişisel ihtiyacı üzerine hazırlanan malların oluşturduğu iş yeri dışında kurulan sözleşmelerde, tüketiciye geri alma hakkının tanınmamasının altında yatan düşünce; söz konusu malın artık kişiye özel hâle gelmesi⁶⁴ ve bunun sonucunda malın satımının satıcı açısından

galanmalara bağlı olduğu durumlarda mal veya hizmet tedarikinde, c) tüketici açısından açık şekilde kişiselleştirilmiş mal tedarikinde, d) hızlı şekilde bozulabilecek veya ortadan kalkabilecek ürünlerde, e) kapalı ürün tedarikinde, sağlık veya hijyenik nedenlerle ve teslimden sonra açılmış olmaları sebebiyle iadeye konu olamayanlar, f) nitelikleri gereği, teslimden sonra, diğer mallarla karışan malların tedariki, g) alkollü içki tedariki ile ilgili durumlar, h) acil tamirat amacıyla tüketicinin satıcıdan ziyaret talep ettiği sözleşmeler, i) kapalı video ya da yazılım ürünlerinin teslimden sonra açılmaları durumunda, j) kural olarak, gazete, dergi gibi süreli yayınların tedariki, k) açık artırma sözleşmeleri, l) oturma amacı dışında konaklama yeri tedariki, malların taşınması, araba kiralama, belli şartlarla catering gibi faaliyetlere yönelik hizmetler, m) belli şartlarla dijital içerik tedariki. Bkz. DENİZ, s. 249-250.

⁶¹ İYDKSY m. 14’te düzenlenen geri alma hakkının istisnaları yeni bir düzenleme olup, 4077 sayılı TKHK’da buna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

⁶² DEMİR, Mehmet: “Mesafeli Sözleşmelerle İlgili AB Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı”, *GÜHFD*, C. 7, S. 1-2, 2003, s. 80.

⁶³ Mesafeli sözleşmeler yönünden bkz. YILDIRIM, s. 239.

⁶⁴ Örneğin, tüketicinin isteği üzerine, üzerinde tüketici hakkında kişisel bilgiler bulunan basılı bir kartvizit hazırlanması hâlinde artık tüketicinin geri alma hakkı olmayacaktır. Bkz. BOZ-

çok zor olması hatta bazen duruma göre imkânsızlaşmasıdır⁶⁵. Başka bir ifadeyle bu tür sözleşmelerde tüketiciye geri alma hakkı tanımak, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracak ve taraflar arasındaki menfaat dengesinin satıcı/sağlayıcı aleyhine bozulması anlamına gelecektir. Buna karşılık her zaman için tüketicinin isteği veya ihtiyacı doğrultusunda hazırlanan mallara ilişkin sözleşmelerde baştan tüketiciyi geri alma hakkından mahrum etmek de tüketicinin korunması amacına ters düşmektedir. Bu nedenle her bir somut olayda sözleşme konusu malın, tüketiciye özel hâle getirilip getirilmediği araştırılmalı ve tüketici için özel hâle getirildiği sonucuna varılırsa o zaman tüketiciye geri alma hakkı tanınmamalıdır⁶⁶. Tüketicinin böyle bir durumda geri alma hakkının olup olmadığının tespiti için de satıcı/sağlayıcı açısından malın iadesinin katlanılabilir olup olmadığı, malı başka müşterilere satabilme imkânı, malın muhafazası ve tekrar parçalara ayrılabilmesi için harcanacak emek ve masraf, o mal için tekrar sipariş alma ihtimali gibi hususlar göz önüne alınmalıdır⁶⁷.

Alman Federal Mahkemesinin verdiği bir kararda⁶⁸, sözleşme konusu mal, tüketicinin siparişi üzerine değişik standart parçaların birleştirilmesi suretiyle oluşturulmuş olup, malın eski hâline dönüştürülmesinin parçaların niteliğine ve işlevine zarar verilmeden, kolayca ve çok az bir masrafla gerçekleşeceğinden bahisle istisna hüküm uygulanmamış ve tüketiciye geri alma hakkı tanınmıştır⁶⁹.

BEL, Savaş: “Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler- 97/7 Sayılı AB Yönergesi Düzenlemeleri Işığında Bir Karşılaştırma”, AÜEHFD, C. VII, S.3-4, 2003, s. 801; HEINRICH, S. 502, N. 9.

⁶⁵ BOZBEL, Savaş/ATALI, Murat: “Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar”, AÜEHFD, C. 9, S. 1-2, 2005, s. 461; SÖNMEZ, Zeynep: **Das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen**, 2014, s. 63; YILDIRIM, s. 244.

⁶⁶ YILDIRIM, s. 244.

⁶⁷ BOZBEL/ATALI, s. 461.

⁶⁸ (BGHZ 154,239=CR 2003, 480=DB 2003, 1109=MDR 2003, 732=NJW 2003, 1665). Karara konu olan olayda tüketicinin istekleri doğrultusunda bir dizüstü bilgisayar yapılandırılmış, fakat daha sonra tüketici geri alma bildiriminde bulunmuştur. Bunun üzerine davalı satıcı, ürünün tüketicinin istekleri doğrultusunda hazırlandığını dolayısıyla da geri alma hakkının olmadığı savunmasında bulunmuştur. Federal mahkeme ise bilgisayara takılan parçaların tekrar sökülmesinin bilirkişi raporuna göre üç saati geçmeyeceği ve bunun da malın yüzde beş değerini aşmadığından satıcı tarafından kabul edilebilecek değer anlamına geldiğinden istisna hükmünün uygulanmayacağına karar vermiştir. (Bkz. naklen BOZBEL/ATALI, s. 462, dn. 39).

⁶⁹ BOZBEL/ATALI, s. 462; YILDIRIM, s. 244-245; SCHMOECKEL, Mathias: **Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB, hrsg. Schuldrecht: Allgemeiner Teil**, Mohr Siebeck, 2007, s. 1494, N. 68.

3. Çabuk Bozulabilen ve Son Kullanma Tarihinin Geçmesi İhtimali Bulunan Mallara İlişkin Sözleşmeler

Sözleşme konusu malın niteliği gereği, iadeye elverişli olmaması durumunda tüketiciye geri alma hakkı tanınmamıştır. Malın niteliğinin elverişli olmaması yani çabuk bozulabilme ihtimali olan bir mal olması, tüketicinin geri alma hakkını kullanmasına engel teşkil etmektedir. Bu tür mallara örnek olarak, meyve, sebze, et, süt ve süt ürünleri verilebilir. Kısıtlı bir zaman dilimi içerisinde tüketilmesi gereken bu mallar, son kullanma tarihi de ihtiva ederler⁷⁰.

Çabuk bozulma ve son kullanma tarihinin geçmesi ihtimali olan mallarda tüketicinin geri alma hakkının olup olmadığını tespit için, malın kullanılabilirlik ve normal şartlar altında tekrar satılabilme süresi, satıcının son kullanma tarihinin geçmesine az bir zaman kalan malı piyasaya sürmesi gibi hususlar da dikkate alınmalıdır. Buna karşılık tüketici de malın çok fazla üretilmiş olduğu ve bunların da kısa bir zamanda çürüyeceği ve dolayısıyla kullanılamaz hâle geleceği iddiasında bulunamaz⁷¹.

Diğer taraftan malın bozulmasına dış etkenler sebep olmuşsa o zaman istisna hüküm uygulanmaz ve tüketici geri alma hakkından mahrum olmaz. Örneğin, bir yazılım programının yeni sürümünün çıkması veya bir kitabın yeni baskısının çıkması hâlinde bunun sonuçlarına satıcı katlanacaktır⁷².

4. Ambalaj, Bant, Mühür, Paket gibi Koruyucu Unsurları Açılmış Mallardan İadesi Sağlık ve Hijyen Açısından Uygun Olmayanlara İlişkin Sözleşmeler

Tüketiciye tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür ve paket gibi koruyucu unsurları açılmış olan malların iadesi sağlık ve hijyen gibi nedenlerle uygun değilse İYDKSY m. 14/I, b. c'ye göre tüketici, geri alma hakkına sahip değildir. Bu mallarda tüketiciye geri alma hakkının tanınmamasının altında yatan neden, ambalaj, paket vs. gibi koruyucu unsuru açılmış olan malı, hijyen ve sağlık gibi nedenlere bağlı olarak satıcının tekrar satma imkânının olmamasıdır. Dolayısıyla burada malın iadesinin mümkün olmaması tüketicinin davranışından değil, malın niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu tür mallara örnek olarak, ecza ürünleri, hijyen malzemeleri, kozmetik ürünleri, dış fırçası, çocuk bezi vs. verilebilir⁷³.

⁷⁰ BOZBEL/ATALI, s. 463; YILDIRIM, s. 246; STADLER, s. 407, N. 2.

⁷¹ BOZBEL/ATALI, s. 463.

⁷² SÖNMEZ, s. 65; BOZBEL/ATALI, s. 463.

⁷³ SÖNMEZ, s. 64; STADLER, 2011, s. 407, N. 2.

5. Ambalajı Açılmış Olan Dijital İçerik ve Bilgisayar Sarf Malzemelerine İlişkin Sözleşmeler

İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği m. 14/I, b. ç'ye göre, malın tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür ve paket gibi koruyucu unsurlarının açılmış olması hâlinde, maddî ortamda sunulan dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemelerine ilişkin sözleşmelerde de aksi kararlaştırılmadıkça tüketicinin geri alma hakkı yoktur. Esasında bu tür mallarda tüketicinin geri alma hakkı vardır. Ancak maddede de belirtildiği üzere tüketici, mal kendisine teslim edildikten sonra ambalaj, bant, mühür ve paket gibi koruyucu unsurlarını açmışsa o zaman tüketicinin geri alma hakkı ortadan kalkar⁷⁴.

Öncelikle maddî ortamda sunulan dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemelerinin neleri kapsadığını tespit etmek gerekir. Maddî ortamda sunulan dijital içerikli ürünlere örnek olarak CD, CD-Rom, MC, DVD, VCD disket, video kaseti gibi ses, görüntü veya yazılım programları verilebilir⁷⁵. Bilgisayar sarf malzemelerinden ise kartuş, A4 kâğıdı gibi bilgisayarla ilgili tüketilerek kullanılan bütün malzemeler anlaşılır.

Zikredilen ürünlerde geri alma hakkının olmaması, tüketicinin bu ürünleri kopyalayabileceği düşüncesine dayanmaktadır⁷⁶. Ancak tüketicinin bu ürünlerde geri alma hakkını kullanamaması, malın niteliğinden de kaynaklanmakla beraber, esas itibarıyla tüketicinin davranışından kaynaklanmaktadır. Zira tüketici, bu ürünlerin ambalaj, bant, mühür veya paket gibi koruyucu unsurlarını açmamışsa geri alma hakkını kullanabilecektir. Bu ürünlerin ambalajının, bandının, paketinin veya mührünün açılmasından anlaşılması gereken ise bu tür ürünler için tipik hâle gelmiş olan koruma bandının açılmasıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki hükümde, maddî ortamda sunulan dijital içerik olarak ifade edildiği için bu ürünlerin tüketiciye off-line şeklinde sunulması gerekir⁷⁷.

Tüketicinin, koruyucu unsurların açılması hâlinde geri alma hakkından mahrum bırakılması için, bu durumu önceden bilmesi gerekir. Bunun için de ambalaj, paket veya mührün üzerinde, bunların açılması hâlinde geri

⁷⁴ SÖNMEZ, s. 66; HEİNRİCHS, s. 502, N. 10.

⁷⁵ GEZDER, Ümit: **Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, İstanbul, 2004, s. 22 vd.; BOZBEL/ATALI, s. 464; YILDIRIM, s. 247-248.

⁷⁶ GEZDER, s. 223; YILDIRIM, s. 248.

⁷⁷ BOZBEL/ATALI, s. 464; YILDIRIM, s. 247-249; İNAL, Emrehan: **E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması**, İstanbul, 2005, s. 85.

alma hakkının ortadan kalkacağı şeklinde bir uyarı olmalıdır. Ayrıca satıcı/sağlayıcı, ürünün ambalajlanmasını veya paketlenmesini tüketicinin ambalaj, bant veya paketi açmak zorunda kalmadan, o ürün ve kalitesi hakkında bilgi edinmesini sağlayacak şekilde yapmalı ve bunu engelleyecek veya gereksiz yere zorlaştıracak davranışlardan uzak durmalıdır. Bu bağlamda, ürünün niteliklerini belirten broşür veya kullanma kılavuzlarını üründen ayrı olarak paketlemesi daha doğru olur⁷⁸.

6. Tüketicinin Onayı ile İfasına Başlanan Hizmetlere İlişkin Sözleşmeler

İş yeri dışında kurulan sözleşmelerde geri alma hakkı süresi boyunca sağlayıcı hizmetin ifasında bulunmaz. Kural bu olmakla birlikte eğer geri alma hakkı süresi sona ermeden önce sağlayıcı, tüketicinin onayı ile hizmetin ifasına başlamışsa o zaman İYDKSY m. 14/I, b. d'ye göre tüketici geri alma hakkını kullanamayacaktır.

Böyle bir düzenleme getirilmesinin temelinde, hizmet edimlerinin iadesinin çok zor olması ve çoğu kere de mümkün olmaması yer almaktadır⁷⁹. Dolayısıyla bu tür edimlere başlanması için tüketicinin onay vermesi, onun geri alma hakkını kullanmasına engel olmaktadır⁸⁰. Hatta burada genel olarak kabul edilen görüşe göre tüketicinin geri alma hakkı konusunda bilgilendirilmiş olup olmaması da önem taşımamaktadır. Başka bir deyişle tüketici, geri alma hakkı konusunda bilgilendirilmemiş olsa bile on dört günlük geri alma hakkı süresinde, hizmetin ifası için onay vermişse artık geri alma hakkını kullanamaz⁸¹.

Tüketicinin onayı olmadan sağlayıcı, hizmetin ifasına başlamışsa o zaman tüketicinin geri alma hakkı engellenemez. Ayrıca belirtmek gerekir ki tüketicinin onayının da hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde açık ve net olması gerekir. Tüketici onayını yazılı veya sözlü olarak verebilir. Eğer tüketicinin onayının varlığı konusunda bir uyuşmazlık çıkarsa bunu, sağlayıcı ispatlamakla yükümlüdür⁸².

⁷⁸ BOZBEL/ATALI, s. 464.

⁷⁹ YILDIRIM, s. 240; SCHMOECKEL, s. 1694, N. 69.

⁸⁰ STADLER, s. 408, N. 6; HEINRICHS, s. 502, N. 7; SÖNMEZ, s. 79-80. SÖNMEZ'e göre, tüketici onay vermiş olmasına rağmen geri alma hakkını kullanmışsa, satıcı/sağlayıcıya bir bedel öder.

⁸¹ BOZBEL/ATALI, s. 467-468; YILDIRIM, s. 241-242. YILDIRIM'a göre, tüketicinin hizmetin ifasına rıza göstermiş olması, sağlayıcının bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi için haklı bir neden teşkil etmez.

⁸² BOZBEL/ATALI, s. 469; YILDIRIM, s. 241.

IV. SATICI/SAĞLAYICININ BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

A. Tüketicinin Aşamalı Olarak Bilgilendirilmesi

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 47/III'te yer alan, *"Tüketicinin iş yeri dışında kurulan sözleşme ya da buna karşılık gelen herhangi bir öneri ile bağlanmadan önce ayrıntıları yönetmelikte belirtilen hususlarda açık ve anlaşılır şekilde bilgilendirilmesi zorunludur."* ifadesiyle satıcı/sağlayıcıya, tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü yüklenmiş, fakat bu yükümlülüğün kapsamına hangi hususların gireceği yönetmeliğe bırakılmıştır. Bu bağlamda TKHK m. 47 ve m. 84'e dayanılarak çıkarılan İYDKSY, tüketicinin tam ve etkin bir şekilde korunması amacıyla satıcı/sağlayıcının bilgilendirme yükümlülüğünü, hem sözleşme kurulmadan önceki aşamada hem de sözleşme kurulduktan sonraki aşamada olmak üzere iki ayrı aşamada düzenlemiştir. Gerçekten de İYDKSY m. 5'te *"Ön bilgilendirme"* başlığı altında sözleşmenin kurulmasından önce verilmesi gereken bilgiler, m.7'de ise *"Sözleşmenin zorunlu içeriği"* başlığı altında sözleşmenin kurulmasından sonra yazılı bir teyit verilmesi yükümlülüğü düzenlenmiştir. Böylece tüketicinin her aşamada korunması amaçlanmıştır⁸³.

B. Sözleşme Kurulmadan Önce Bilgilendirme Yükümlülüğü

Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasına ilişkin iradesini açıklamadan önce Bakanlıkça belirlenecek bir dizi hususta açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirilmesi zorunludur. Böylece tüketici, yapacak olduğu sözleşmenin kendisine sağlayacağı haklar ve borçlar konusunda bilgilenecek sözleşmeyi yapıp yapmama konusundaki iradesini serbestçe, bilinçli ve doğru bir şekilde oluşturabilecektir⁸⁴.

İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği m. 5/I'e göre sözleşmenin akdinden önce aşağıdaki bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunludur: *"a) Sözleşme konusu mal veya hizmetin temel nitelikleri, b) Satıcı veya sağlayıcının adı veya unvanı ile iletişim bilgileri, c) Mal veya hizmetin Türk Lirası olarak vergiler dahil toplam fiyatı, ç) Cayma hakkının olduğu durumlarda, cayma hakkının kullanım şartları."* Bu bilgiler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile sunulmak zorundadır⁸⁵.

⁸³ YILDIRIM, s. 169-170.

⁸⁴ ASLAN, *Tüketici Hukuku*, s. 468; OZANOĞLU, Hasan Seçkin: *Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi*, Ankara, 1999, s. 194 vd..

⁸⁵ Satıcı/sağlayıcının vermesi gereken bilgilerle ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. YILDI-

Tüketicinin teklifle bağlanmadan önce bilgilendirilmesi gerektiğine ilişkin yönetmelik ifadesi, bu bilgilendirmenin ne zaman yapılacağı konusunda tam bir netlik sağlamadığı için yoruma açıktır. Bu hususun tespiti, çoğu defa oldu bittiye getirilen iş yeri dışında kurulan sözleşmeler bakımından oldukça önemlidir. Bilgilendirme ile amaçlanan, tüketicinin daha sağlıklı, doğru ve bilinçli bir karar vermesini sağlamak olduğundan, bu bilgilendirmenin en geç tüketicinin sözleşme ile bağlanma iradesinin oluşmasından önce yerine getirilmesi gerekmektedir. Tüketicinin sözleşme ile bağlanma iradesi zaten oluşmuşsa, bu aşamadan sonra yapılacak olan bilgilendirme de bir şey ifade etmeyecektir. Dolayısıyla bilgilendirmenin, tüketicinin karar vermesine yardımcı olan, makul⁸⁶ sayılabilecek bir zamanda bilgilendirilmesi gerektiği sonucuna varılabilir⁸⁷.

İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği m. 5/I'de de belirtildiği üzere satıcı/sağlayıcının yapacağı bilgilendirmenin, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde, yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile yapılması gerekir. Bu bilgilerin açık ve anlaşılır olduğunun tespitinde, ortalama (makul) tüketici tipinin esas alınması gerekmektedir⁸⁸. Dolayısıyla burada somut olayın özellikleri dikkate alınarak, dürüstlük kuralına göre bir tespit yapılmalıdır.

İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği m. 5/II'ye göre, bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiğini satıcı/sağlayıcı ispat etmek zorundadır. Hem tüketicinin bilgilendirilmesinin garanti altına alınması hem de satıcı/sağlayıcının tüketiciyi bilgilendirdiğini kanıtlayabilmesi bakımından, bilgilendirmenin ayrı bir belge ile yapılması daha doğru olur. Bunun için ön bilgilendirme formu kullanılması ve bu formda tüketicinin hak ve yükümlülüklerinin açık, kısa ve net bir şekilde yer alması gerekir. Ayrıca bu formu tüketiciye el yazısı ile imzalatıp, tarih attırması da ispat açısından satıcı/sağlayıcının lehine olur⁸⁹.

RIM, s. 173 vd.; GEZDER, s. 177 vd..

⁸⁶ Bilgilendirmenin diğer tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi makul bir süre (en az bir iş günü) önce yapılması gerekir. Bkz. AYDOĞDU, **Tüketici Dersleri**, s. 283. Bu düşünce tüketicinin korunması bakımından olması gereken bir çözümdür. Fakat bu düşüncenin iş yeri dışında kurulan sözleşmelerde uygulanması mümkün değildir. Zira uygulamada genellikle sözleşme tüketiciyle görüşüldükten hemen sonra kurulmakta, tüketiciye düşünme imkânı neredeyse verilmemektedir. Dolayısıyla bu makul (örneğin, bir gün önce) süreye pratikte pek riayet edilmemektedir.

⁸⁷ YILDIRIM, s. 172-173; İNAL, s. 179-180.

⁸⁸ İNAL, 2005, s. 80.

⁸⁹ ASLAN, **Tüketici Hukuku**, s. 468.

C. Sözleşme Kurulduktan Sonra Bilgilendirme Yükümlülüğü

Sözleşme kurulduktan sonra tüketiciye, sözleşmenin kurulmasından önce m. 5'te yer alan bilgilere ek olarak m. 7'de yer alan bilgilerin⁹⁰ de verilmesi ve bunun sözleşme metninde yer alması gerekir. Böylelikle tüketici, taraf olduğu sözleşmenin içeriğini belirleyebilme ve bu şekilde sahip olduğu hak ve yükümlülükleri ayrıntılı bir şekilde görebilme imkânına kavuşmuş olacaktır⁹¹. Yönetmelikte bu bilgilendirmenin, diğer bir ifadeyle sözleşme metninin hazırlanmasının, ne zaman yapılacağı konusunda herhangi bir açıklık yoktur. Bu bilgilendirmenin, mal teslimine ilişkin sözleşmelerde en geç teslimeteye kadar, hizmete ilişkin sözleşmelerde ise sözleşmenin kurulduğu anda yapılması gerekir. Zira tüketicinin geri alma hakkına ilişkin süre, mal teslimine dair sözleşmelerde malın tesliminden, hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde ise sözleşmenin kurulmasından itibaren başlamaktadır. Sürenin başlaması için tüketicinin bu hakkın varlığı konusunda bilgi sahibi olması gerekir.

D. Satıcı/Sağlayıcının Bilgilendirme Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesinin Sonuçları

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 47/VI'da satıcı/sağlayıcının bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranması hâlinde ne olacağı düzenlenmiştir. Bu fıkraya göre, "*Satıcı/sağlayıcının bu maddede*

⁹⁰ İYDKSY m. 7/Γ'e göre bu bilgiler şunlardır: "*a) Sözleşme konusu mal veya hizmetin temel nitelikleri, b) Tüketicinin adı soyadı ile satıcı veya sağlayıcının adı veya unvanı, varsa MERSİS numarası, c) Tüketicinin satıcı veya sağlayıcı ile hızlı bir şekilde irtibat kurmasına imkân veren, satıcı veya sağlayıcının açık adresi, telefon, faks numarası ve benzeri iletişim bilgileri ile varsa satıcı veya sağlayıcının adına ya da hesabına hareket eden kimliği ve adresi, ç) Satıcı veya sağlayıcının tüketicinin şikâyetlerini iletmesi için (c) bendinde yer alandan farklı bir iletişim bilgisi var ise buna ilişkin bilgi, d) Mal veya hizmetin Türk Lirası olarak vergiler dâhil toplam fiyatı, e) Sözleşmenin kurulduğu tarih, f) Malın veya hizmetin teslim veya ifa tarihi, g) Ödemeye ilişkin bilgiler, ğ) Cayma hakkının olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, süresi ve usulüne ilişkin bilgiler; h) Cayma bildirimini yapılacağı açık adres, faks numarası veya elektronik posta bilgileri, ı) 14 üncü madde uyarınca cayma hakkının kullanılmadığı durumlarda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgi, i) "Bu sözleşmenin kurulduğu veya malın teslim alındığı tarihten itibaren on dört gün içerisinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin cayma hakkınız bulunmaktadır. Cayma süresi içinde sözleşmeye konu mal veya hizmet karşılığında herhangi bir isim altında ödeme yapmanızı veya borç altına sokan herhangi bir belge vermenizi istemeyeceğimizi ve cayma bildirimini tarafımıza ulaştığı tarihten itibaren en geç on dört gün içerisinde malı geri almayı taahhüt ederiz." ifadesi, j) Varsa tüketicilerin ödemelerini yapabilecekleri banka, posta ve benzeri hesap bilgileri, k) Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını Tüketici Mahkemesine veya Tüketici Hakem Heyetine yapabileceklerine dair bilgi."*

⁹¹ YILDIRIM, s. 201.

belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket etmesi veya tüketiciyi cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirmemesi durumunda, tüketici cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Her hâlikârda bu süre cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer.”. Benzer bir hüküm yönetmeliğin “Eksik bilgilendirme” başlıklı m. 9/II hükmünde yer almaktadır. İYDKSY m. 9/II’de, kanundaki ifadeye ek olarak, yönetmelikte belirtilen yükümlülüklerin veya geri alma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirmenin bir yıl içinde yerine getirilmesi hâlinde, on dört günlük geri alma hakkı süresinin, söz konusu yükümlülüklerin veya geri alma hakkına ilişkin bilgilendirmenin gereği gibi yapıldığı günden itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, satıcı/sağlayıcının yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi hâlinde tüketici, on dört günlük geri alma hakkı süresi ile bağlı olmayacak ve bu hakkını en geç sözleşmenin kurulmasından itibaren bir yıl içinde kullanabilecektir. Bu süre zarfında satıcı/sağlayıcının yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmesi hâlinde ise geri alma hakkı süresi bu andan itibaren işlemeye başlayacaktır.

SONUÇ

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile eski adıyla kapıdan satışlar olan iş yeri dışında kurulan sözleşmelerde önemli değişiklik ve yenilikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin başında, kanun koyucunun kapıdan satış tabiri yerine isabetli olarak iş yeri dışında kurulan sözleşmeler ifadesini kullanması gelir. Zira bu şekilde, hem terminoloji sorununa bir çözüm getirilmiş hem de iş yeri dışında kurulan sözleşmeler ile ilgili AB Tüketici Hakları Direktifine uyum sağlanmıştır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 47/I’de sözleşmenin tanımı yapılırken “*teklifin tüketici ya da satıcı veya sağlayıcı tarafından yapılmasına bakılmaksızın*” ifadesine yer verilerek, satıcı/sağlayıcıların, önceden mutabakatın olmaması şartını bertaraf etmek için başvurdukları yöntemlerin etkisiz kılınması amaçlanmıştır. Gerçekten uygulamada satıcı/sağlayıcılar, önceden mutabakat olmaması şartını bertaraf etmek, sözleşmeyi iş yeri dışında kurulan sözleşme olmaktan çıkarmak için çeşitli yöntemlere başvurmaktadırlar. Zira sözleşme görüşmeleri talebinin tüketiciden gelmesi, sözleşme görüşmelerinin satıcı/sağlayıcının davranışıyla başlamadığı ve tarafların bu görüşmeleri yapma konusunda mutabakata vardıkları anlamına gelir. Dolayısıyla kanun koyucu, satıcı/sağlayıcıların bu durumu kötüye kullanmalarını önlemek için 47. maddede bu ifadeye yer vermiştir.

Tüketicie tanınan geri alma hakkı konusunda da değişiklikler yapılmıştır. İlk olarak tüketicie tanınan geri alma hakkı süresi yedi günden on dört güne çıkarılmıştır. Bu tüketicinin korunması bakımından önemlidir. Zira böylelikle tüketici, düşünmek ve sağlıklı karar verebilmek için daha geniş bir zamana kavuşmuştur. Geri alma hakkının kullanılabilceği sürenin işlemeye başlama anı sözleşmenin konusuna göre farklılık göstermektedir. Şöyle ki İYDKSY m. 8/II'ye göre geri alma hakkı süresi, tüketicinin yönetmelik m.5'te belirtilen hususlarda bilgilendirilmiş olması kaydıyla, hizmetin ifasına ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu gün, malın teslimine ilişkin sözleşmelerde ise tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin malı teslim aldığı gün başlamaktadır. Yine aynı fıkraya göre tüketici, sözleşmenin kurulması ile malın teslim edilmesine kadar olan süre içerisinde de geri alma hakkını kullanabilecektir. Ayrıca İYDKSY m. 8/IV'e göre, malın satıcı tarafından bir taşıyıcıya teslim edilmesi, tüketicie yapılan teslim olarak kabul edilmediğinden, geri alma hakkı süresi de başlamayacaktır.

Mal teslimine ilişkin sözleşmelerde, geri alma süresinin teslim tarihinden itibaren başlatılması, yerinde bir düzenlemedir. Zira tüketici, geri alma hakkını kullanıp kullanmama konusunda kararını, ancak malı fizikî olarak değerlendirdikten sonra verebilecektir. Dolayısıyla tüketiciye başka bir mal teslim edilmiş, mal kısmen teslim edilmiş veya mal hiç teslim edilmemişse, tüketici için geri alma süresi işlemeye başlamayacaktır. Yönetmelik m. 8/III'e göre de sürenin belirlenmesinde, tek sipariş konusu olup ayrı ayrı teslim edilen mallarda tüketicinin son malı teslim aldığı gün, birden fazla parçadan oluşan mallarda tüketicinin son parçayı teslim aldığı gün, belirli bir süre boyunca malın düzenli tesliminin yapıldığı sözleşmelerde ise tüketicinin ilk malı teslim aldığı gün esas alınır.

Tüketicinin tam ve etkin bir şekilde korunması amacıyla satıcı/sağlayıcının bilgilendirme yükümlülüğü, hem sözleşme kurulmadan önceki aşamada hem de sözleşme kurulduktan sonraki aşamada olmak üzere iki ayrı aşamada düzenlenmiştir. Gerçekten de İYDKSY m. 5'te “*Ön bilgilendirme*” başlığı altında sözleşmenin kurulmasından önce verilmesi gereken bilgiler, m.7'de ise “*Sözleşmenin zorunlu içeriği*” başlığı altında sözleşmenin kurulmasından sonra yazılı bir teyit verilmesi yükümlülüğü düzenlenmiştir. Böylece tüketicinin her aşamada korunması amaçlanmıştır. Tüketicinin yönetmelikte belirtilen hususlarda bilgilendirilmemiş olması hâlinde ise geri alma hakkı süresi olan on dört günlük süre işlemeye başlamayacaktır. Başka bir deyişle, satıcı/sağlayıcının bilgilendirme ve diğer yükümlülüklerine aykırı

hareket etmesi hâlinde tüketici, on dört günlük geri alma hakkı süresi ile bağlı olmayacak ve bu hakkını en geç sözleşmenin kurulmasından itibaren bir yıl içinde kullanabilecektir. Bu süre zarfında satıcı/sağlayıcının yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmesi hâlinde ise geri alma hakkı süresi bu andan itibaren işlemeye başlayacaktır. 6502 sayılı TKHK ile bir yıllık üst süre sınırı getirilmesi alışveriş hayatının yapısına ve adalet ilkesine daha uygun olduğundan isabetli olmuştur.

İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği m. 2’de yönetmelik hükümlerinin uygulanmayacağı sözleşmelere yer verilmiştir. Bu sözleşmelerin sayısı artırılarak, yönetmeliğin kapsamı eskiye nazaran daha da daraltılmıştır.

İş yeri dışında kurulan sözleşmelere ilişkin getirilen yeniliklerden bir tanesi de yönetmelik m. 14’te düzenlenen geri alma hakkının istisnalarıdır. Bu maddeye göre taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça belirtilen sözleşmelerde geri alma hakkı kullanılamayacaktır. Bu sözleşmeler şunlardır: a) Tüketicinin istekleri ve ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanan mallara ilişkin sözleşmeler, b) Çabuk bozulabilen ve son kullanma tarihi geçebilecek malların teslimine ilişkin sözleşmeler, c) Tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olan mallardan; iadesi sağlık ve hijyen açısından uygun olmayanların teslimine ilişkin sözleşmeler, d) Malın tesliminden sonra ambalajın açılmış olması hâlinde maddî ortamda sunulan dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemelerine ilişkin sözleşmeler, e) Geri alma süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetlere ilişkin sözleşmeler.

KAYNAKÇA

ASLAN, İ. Yılmaz: **Tüketici Hukuku**, Bursa, 2006.

ASLAN, İ. Yılmaz: **Tüketici Hukuku**, Bursa, 2014.

ATASOY, Ömer, Adil/ TAŞKIN, Mustafa/ACAR, Hakan: **Tüketiciyi Koruma Hukuku**, Ankara, 2000.

AYDOĞDU, Murat: **4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar**, İzmir, 1998. (AYDOĞDU, Kapıdan Satışlar).

AYDOĞDU, Murat: “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı

İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, **DEÜHFD**, C. 15, S. 2, 2014, s. 1-62. (AYDOĞDU, Kanunun Getirdiği Yenilikler).

AYDOĞDU, Murat: **Tüketici Hukuku Dersleri**, Ankara, 2015. (AYDOĞDU, Tüketici Dersleri).

BOZBEL, Savaş: “Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler- 97/7 Sayılı AB Yönergesi Düzenlemeleri Işığında Bir Karşılaştırma”, **AÜEHFD**, C. VII, S.3-4, 2003, s. 783-804.

BOZBEL, Savaş/ATALI, Murat: “Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar”, **AÜEHFD**, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 451-474.

BUZ, Vedat: **Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, 2005.

DEMİR, Mehmet: **Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı**. Ankara, 2003. (DEMİR, Kapıdan İşlemler).

DEMİR, Mehmet: “Mesafeli Sözleşmelerle İlgili AB Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı”, **GÜHFD**, C.7, S. 1-2, 2003, s. 61-90.

DEMİRBAŞ, Harun: **Yenilik Doğuran Haklar**, İstanbul, 2007.

DENİZ, Bahar Y.: “Avrupa Birliği Tüketici Hukuku ile Türk Tüketici Hukukunun Bazı Yönlerinin Karşılaştırmalı Değerlendirilmesi”, **TAAD**, Y. 4, S. 12, 2013, s. 239-254.

EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2014.

GEZDER, Ümit: **Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, İstanbul, 2004.

GONZENBACH, Rainer: **Basler kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**. Hrsg. Honsell, H., Vogt, N. P. (3. Auflage). Basel-Genf-München, 2003.

HEINRICH, Helmut: **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**, (62. Neubearbeitete Auflage), München, 2003.

İKİZLER, Metin: “4822 sayılı Kanun’la Değişik Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Işığında Kapıdan Satışların Unsurları”, **DEÜHFD**, C. 5, S. 2, 2003, s. 77-108.

İLHAN, Cengiz: **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerh**, Ankara, 2006.

İNAL, Emrehan: **E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması**, İstanbul, 2005.

KADIOĞLU, Kamil: **Gereççeli-Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat**, Ankara, 2005.

KARA, İlhan: **Tüketici hukuku**, Ankara, 2012.

KURT, L. Müjde: “TKHK Açısından Kapıdan Sözleşmelerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı”. **ABD**, S.2, s. 43-68.

OĞUZ, Cemal : “Kapıdan Satışlarda Tüketicie Tanınan Cayma Hakkının Kullanılmasının Şartları ve Caymanın Sonuçları”. **GÜHFD**, C. 8, S. 1-2, 2004, s. 33-48.

OZANOĞLU, Hasan S.: **Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi**, Ankara, 1999.

OZANOĞLU, Hasan S.: “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Maddi Anlamda Uygulama Alanı. **AÜHFD**, C. 50, S. 1, 2001, s. 55-90. (Ozanoğlu, Tüketici Sözleşmeleri).

ÖZEL, Çağlar : **Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı**. Ankara, 1999.

ÖZMEN, Emin: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Kapıdan Satışlar”. **İzmir Barosu Dergisi**, C. 61, S. 4, 1996, s. 54-61.

SCHMOECKEL, Mathias: **Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB, Band II Schuldrecht: Allgemeiner Teil**, Mohr Siebeck, 2007.

SÖNMEZ, Zeynep: **Das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen**, 2014.

STADLER, Astrid: **Bürgerliches Gesetzbuch**: Hrsg. Jauernig, Othmar, München, 2011.

YETİMOĞLU, Uğur: “Devreli Tatil Sistemleri ve Tüketici Hukuku”, **TBB Dergisi**, S. 55, 2004, s. 364-382.

YILDIRIM, Abdulkerim: **Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, Ankara, 2009.

ZEVKLİLER, Aydın/ AYDOĞDU, Murat: **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Ankara, 2004.

İnternet Kaynakları

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&rid=22> (Erişim: 12.08.2015).

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss490.pdf> (Erişim: 05. 08. 2015)

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzinan Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
E.	: Esas Numarası
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
Hrsg.	: Herausgeber
İYDKSY	: İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği
m.	: madde
K.	: Karar Numarası
RG	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

BİR İDARİ İŞLEM OLARAK YIKIM KARARI

A. Kürşat ERSÖZ*

ÖZET

Mülkiyet hakkı, gerek uluslararası hukuk metinlerinde gerekse de anayasamızda temel haklar sınıfında yer alan çekirdek bir haktır. İdarenin almış olduğu yıkım kararının da konusu, mülkiyettir. Bu yüzden yıkım kararı, daha da önemli bir hale gelmektedir. Makalede özet olarak tipik bir idari işlem olan yıkım kararı tartışılmıştır. Özellikle yıkım kararından önce yapılan hazırlık işlemleri ve bunların yargısal denetime tabi olup olmadığı değerlendirilmiştir. Değerlendirmelerde başta İmar Kanunu'nun 32. maddesi olmak üzere, diğer özel kanunlar da değerlendirme konusu yapılmıştır. Yapılan tartışmalarda teorik tartışmaların yanı sıra, Danıştay içtihatlarına da yer verilmiştir. Tartışmalarda genellikle idarelerin aldığı yıkım kararlarında, yetki, şekil, sebep ve konu unsurlarına temas edilmiştir. İmar Kanunu'nun 32. Maddesinin dışında verilen yıkım kararlarında ise ağırlıklı olarak Gecekondu Kanunu ve 6306 sayılı Kanun kapsamında verilecek olan yıkım kararlarının hukuki denetimi inceleme konusu yapılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yıkım Kararı, Kentsel Dönüşüm, Tebligat, Ruhsata Aykırı Yapı, Riskli alan

AS AN ADMINISTRATIVE ACT DEMOLITION DECISION

ABSTRACT

The property right, both located in the core area of fundamental rights is a right in our class as well as the constitution of international legal texts. The subject of the devastating decision is property. So the decision of destruction is becoming more and more important. Demolition order is typically an administrative process as is discussed in the article summary. In particular, preparations made before the destruction process and evaluated the decision is subject to judicial review. Particularly in the evaluation of zoning law, including Article 32, other special laws were made in evaluation issue. In the discussions of theoretical debate, as well as the place has been given to the Council of State case law. Discussions are often the destruction of decisions taken by the administration, authority figures, have been in contact with the causes and issues elements. Zoning Law 32 was attempted to be given under the legal supervision of mainly Slums Act and Law No. 6306 demolition order issued demolition order in the examination out of the matter.

Keywords: Demolition Decision, Urban Transformation, notification, license, contradictory structure, risky areas,

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, kursa-tersoz@hotmail.com

GİRİŞ

Türk hukukunda “yıkım” konusu farklı mevzuat hükümlerinde düzenlenmiş tipik bir idari işlemdir. Yıkım kararı ve uygulaması, başta 3194 sayılı İmar Kanunu olmak üzere¹, 775 sayılı Gecekondu Kanunu², 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu³, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun⁴, Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu⁵ gibi birçok temel nitelikteki yasada ve bunlara istinaden çıkartılan düzenleyici işlemlerde usulü ve şartları ayrıntılı olarak açıklanmış bir kurumdur.

Çalışmamızın ana eksenini, ruhsatsız veya ruhsata aykırı binalarla ilgili sadece yıkım kararı konusunda açıklamalar şeklinde olacaktır. İdari para cezası, şartları oluşmuşsa TCK m. 203’de düzenlenen “Mühür Bozma Suçu” veya TCK m. 184 anlamında “İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu” kapsamımız dâhilinde olmayacaktır. Yıkım konusunun hukuki açıdan daha sistematik incelenebilmesi için öncelikli olarak 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 32. maddesindeki yıkım kararı değerlendirilecek olup; 6306 ve 5366 sayılı kanunlar kapsamında yapılan yıkımlar da bilahare değerlendirilecektir.

I. İDARENİN YIKIM YETKİSİ

Mülkiyet hakkı, Anayasamızın 35. maddesinde düzenlenen temel haklardan birisidir. Mülkiyet hakkı, kamu yararı amacıyla ve sadece kanunla sınırlandırılabilen bir hak kategorisindedir. Ayrıca aynı maddenin son fıkrasında: “Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz” denilmiştir. Mülkiyet hakkının sınırlandırılması denilince akla gelen ilk örnek kamulaştırma uygulamasıdır. Oysaki yıkım kararı da mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına yönelik bir tasarruftur. Yıkım kararı, her ne kadar hukuka aykırı niteliği olan bir taşınmazın hukuka uygun hale getirilmesi amacını taşısa da, nihayetinde malikin veya yapı sahibinin rızası dışında cereyan ettiği için belirli, emredici kurallara tabi olarak icra edilmektedir. Kamu gücünün en yoğun şekilde kullanılması yönüyle “yıkım kararı ve uygulaması” idari işlemin en tipik ve karakteristik örneğidir.

¹ 3194 SK m. 8/ g, m. 23, m. 32, m. 33, m. 39’da düzenlenmiştir.

² 775 SK m. 18, m. 22, m. 24’de düzenlenmiştir.

³ 2960 SK m. 3/ e, 8/ f, 9/ e, m. 13, m. 18’de düzenlenmiştir.

⁴ 6306 SK M. 2/ d, m. 5, m. 6, m. 17’de düzenlenmiştir.

⁵ Organize Sanayi Bölgeleri Uygulama Yönetmeliği’nin 92. maddesinde düzenlenmiştir.

Gerek teoride gerek uygulamada yıkım kararının kolluk işlemlerinde olduğu ifade edilmiştir⁶. Buna gerekçe olarak da “yıkım işlemi”nin İmar Kanunu kapsamında kamu düzeninin bozulmasına engel olmak amacıyla yetkilendirilmiş kolluk mercilerinin icra edeceği bir kolluk faaliyeti olarak gösterilmektedir⁷. Çünkü idarenin genel olarak denetim yetkisini kullanması kolluk faaliyeti olarak ifade edilir⁸.

Bu nedenle konunun kolluk faaliyetinin nasıl ve hangi yöntemlerle kullanılacağı, sınırının ne olacağı ve en önemlisi yıkım kararının alınması ve icra edilmesi yetkilerinin kimlere ait olacağı soruları gündeme gelmektedir.

Kolluk, Duran’ın tanımına göre: “devletin yasama ve yürütme erklerinin saptadığı siyasi yönde ve hukuki çerçeve içerisinde, toplumun düzenli ve uygarcı yaşamasını sağlamak ve sürdürmek için” yürütülen faaliyetler olarak tanımlanmıştır⁹.

Kolluk faaliyetinin amacı, kamu düzeninin korunması ve bozulan kamu düzeninin¹⁰ sağlanmasıdır¹¹. Kolluk faaliyetinin konusu, en genel ifadeleri ile güvenlik, sağlık, dirlik ve esenlik, genel ahlaktır¹². Yıkım kararı, kolluğun

⁶ Örneğin Anayasa Mahkemesi’nin 11.12.1986 tarihli kararında: “... ister “bağlı yetki” ister “takdir yetkisi” şeklinde kullanılsın “ruhsat verme” idarenin, kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır. Bu nedenle ruhsat ve yapı kullanma izni vermenin, aslı ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur...” denilerek idarenin yapı ruhsatı vermesi kolluk faaliyetleri içerisinde değerlendirilmiştir (AYM., 11.12.1986, E. 1985/11, K. 1986/29, R.G. 18.04.1987, sy. 19435). Bu karar konusunda değerlendirme için bkz. ÇOLAK, Nusret İlker, **Anayasa Mahkemesi Kararlarında İmar Hukukunun İlkeleri**, İstanbul 2011, s. 107 vd.

⁷ KULAK COŞKUN, Sercan, “İmar Kanunu’nun 32. ve 42. Maddeleri Kapsamında Yıkım ve Para Cezası”, **GÜHFD.**, c. XVI, 2012, sy. 4, s. 252. YASİN, Melikşah, **İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları**, İstanbul 2009, s. 6-9. KALABALIK, Halil, **İmar Hukuku Dersleri**, Ankara 2014, s. 582.

⁸ DALKILIÇ, Elvin Evrim, “İdarenin Denetim Yetkisinin Devrine Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşımı”, **ABD**, 2013, sy. 2, s. 109.

⁹ DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul 1982, s. 10. ATAY’a göre ise kolluk: “sosyal hayatın farklı alanlarında kamu düzeninin sürekliliğini sağlamak amacıyla yürütülen kendine özgü ve çok özel yöntemlerle gerçekleştirilen bir kamu hizmeti etkinliği” olarak tanımlanmaktadır (ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Ankara 2009, s. 627-628).

¹⁰ Kamu düzeni kavramı, Anayasa Mahkemesi’nin 22 Kasım 1976 tarihli bir kararında şöyle tanımlanmıştır: “...toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının korunmasını amaç alan her şeyi ifade eder. Bir başka deyişle, kamu düzeni, toplumun her alandaki düzeninin temellerini oluşturan bütün kuralları kapsar” (AYM, 22.11.1976, E. 1976/27, K. 1976/51, AMKD, sy. 14, s. 363).

¹¹ AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Ankara 2013, s. 507.

¹² AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 509 vd. Günay, genel ahlak kavramını kolluğun unsurları arasında değerlendirmemektedir bkz. GÜNAY, Metin, **İdare Hukuku**, Ankara

güvenlik, sağlık, dirlik ve esenlik kavramları ile ilgili bir kavramdır. Örneğin ruhsata aykırı veya tamamen ruhsatsız bir yapının yıkılması, dirlik ve esenlikle yani düzenli ve çarpık olmayan bir kent ortamında yaşama kapsamında; tehlikeli olan ve kamu sağlığını tehdit eden bir yapının yıkılması ise genel sağlık ve güvenlik kavramları ile birlikte değerlendirilecek olgulardandır¹³.

Yıkım kararı, idarenin bir kolluk etkinliği olduğuna göre, idarenin bu faaliyeti yerine getirirken bir takım ölçütlere uygun davranması şarttır. Burada belirtilen ölçüt ise Anayasamızın 13. maddesinde 2001 değişikliğinden sonra getirilen ölçütlendir. Buna göre yıkım kararı; kanuna dayanmak zorundadır¹⁴, yıkım kararının kanunun açıkça saydığı nedenlerden birisinin gerçekleşmesi durumunda icra edilmesi gerekir, kolluk eylem ve işlemi, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmamalıdır. Burada kast edilen temel hak, yıkım kararı ile paralel düşünüldüğü zaman, Anayasamızın 35. maddesinde düzenlenen “mülkiyet hakkıdır¹⁵. Mülkiyet hakkı, kişinin bağımsızlığının ve eylem özgürlüğünün temelini oluşturduğu için korunmaya değerdir. Özel mülkiyet kurumu, sosyal ve ekonomik düzenin temel hukuk normudur¹⁶. Bunun dışında yapılan sınırlama ölçülü olmak zorundadır. İdari işlemlerin adaletli ve dengeli bir şekilde olması ölçülülük ilkesinin gereğidir. Ölçülülük ilkesi için genel olarak üç unsur önemlidir: Temel hak ve özgürlükte sınırlama amacının izlenmesi, amaca ulaşmak için araç kullanılması ve bu değer ölçüsüne uyulmasıdır¹⁷.

Genel olarak doktrinde mülkiyet hakkının özüne dokunma ölçütleri belirlenmiştir. Örneğin; malikin, mülkünün gelirlerinden yararlanmasını engelleyici derecedeki aşırı sınırlamalar, adaletsiz, şartları ve yükümlülükleri belli bir süre ile sınırlandırılmayan eşitlik ilkesine aykırı uygulamalar veya haklı

2011, s. 292-293. ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara 2013, s. 196-200.

¹³ YILMAZ, Mustafa, **İmar Yaptırımları ve Yargısal Korunma**, Ankara 2002, s. 150.

¹⁴ Nitekim Anayasa Mahkemesi 595 sayılı KHK ile yürürlüğe konulan Yapı Denetimi Hakkında KHK ile verdiği, kararda mülkiyet hakkının ancak kanunla sınırlandırılabilceğini ifade ederek iptal kararı vermiştir (AYM, 24.5.2001, E. 2000/35, K. 2001/90, **RG.** 17.01.2002-24643).

¹⁵ Mülkiyet hakkının sınırlandırılması konusunda bkz. ŞİMŞEK, Suat, “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I-II, **TBB Dergisi**, 2010 (91), 2. Kısım için 2011, sy. 92, s. 312 vd.

¹⁶ EREN, Fikret, **Mülkiyet Hukuku**, Ankara 2012, s. 27.

¹⁷ METİN, Yüksel, **Ölçülülük İlkesi**, Ankara 2002, s.19-20. KAYA, Cemil, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, İstanbul 2011, s. 155.

sebebe dayanmayan eşitsizlik doğuran haller hakkın özüne dokunmaktadır¹⁸.

Yapı üzerinde uygulanabilecek olan özel olarak aynı sınırlandırma yetkileri ise YILDIRIM tarafından şu şekilde sıralanmıştır: yapı kullanma izninin verilmemesi, kamu hizmet ve tesislerinden yararlandırılmaması, inşaatın mühürlenmesi, yapı ruhsatının iptali ve yıkım¹⁹. YILMAZ ise bunlara ek olarak, faaliyetten men ve imar yaptırımını sayılabilecek kamulaştırmaları da aynı sınırlandırma olarak tasnif etmiştir²⁰.

Bu nedenle yıkım kararının yetki, şekil, sebep, konu ve amaç yönlerinden tam olması gerekmektedir. Aksi durumda idare tarafından gerçekleştirilen yıkım eylemi, idare hukuku anlamında “fiili yol” teşkil edecektir²¹. Çünkü yıkım kararı mülkiyete konu olan taşınmaz üzerinde verilecek en son ve en ağır yaptırımdır²².

II. YIKIM YETKİSİNİN KULLANILMASI

Yıkım yetkisinin kullanılması konusunda cevaplanması gereken en temel soru, yetkinin kim/ kimler tarafından kullanılacağı ve nasıl kullanılacağı konusudur.

A. YIKIM KARARI ÖNCESİ YAPILAN HAZIRLIK İŞLEMLERİ

Yıkım kararında yetki denildiğinde; hukuka aykırı olan yapıyı tespit eden, bu durumu ilgiliye tebliğ eden ve en sonunda yıkım kararını veren ve uygulayan merci veya birimler anlaşılmaktadır. İdare hukuku anlamında yetki, kaynağını anayasa ve kanunlardan alan, istisnai niteliği bulunan, dar yorumlanması gereken, kamu düzenine ilişkin olan, vazgeçilmez ve devredilmez bir kavramdır²³.

Bu nedenle yıkım kararının yetki yönünden tam olmaması, mutlak hukuka aykırılık ve iptal nedenidir. Yıkım kararından önce hazırlık işlemi olarak öncelikli olarak yapı tatil tutanağı tanzim edildikten sonra, yapının

¹⁸ BAŞPINAR, Veysel, **Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler**, Ankara 2009, s. 236. ÖRÜCÜ, Esin, “1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi’ne göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özünü”, **İHFİM**, c. XLI, sy. 3-4, s. 157-158.

¹⁹ YILDIRIM, Ramazan, **İmar Hukukuna Aykırı Yapılar Üzerinde İdarenin Yetki ve Yaptırımları**, İstanbul 1990, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 112.

²⁰ YILMAZ, s. 108-110.

²¹ KALABALIK, Halil, **İmar Hukuku**, c. II, Ankara 2010, s. 1490.

²² MERİÇ, Osman, “Danıştay Kararlarına göre Yıkım Kararlarında Göz önünde Tutulması Gereken Hususlar”, **İller ve Belediyeler Dergisi**, c. 35, sy. 410, 1979, s. 330.

²³ GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, c. II, Bursa 2009, s. 746-750.

mühürlenmesi ve süre verilmesi şeklindeki tasarruflar karşımıza çıkmaktadır. Böyle bir silsilenin ortaya çıkabilmesi için yapının tamamen ruhsatsız olması yahut ruhsat veya eklerine aykırı yapılmış olması gereklidir²⁴. Yapı tatil tutanağı düzenlenmeksizin yıkım kararı verilmesi, tek başına iptal nedenidir²⁵.

1. Yapı Tatil Tutanağının Düzenlenmesi Konusunda Yetki

Yapı tatil tutanağı, İmar Kanunu'nun 32. maddesinde ayrıntılı olarak tarif edilmiş olan ve yıkımdan önce mutlaka tutulması gereken bir belgedir. Yapı tatil tutanağı tutulmadan veya başka isimle bir belgeden²⁶ sonra yıkım aşamasına geçilmesi, işlemi hukuka aykırı hale getirmektedir. Bu bağlamda yapı tatil tutanağı ile yapı tespit tutanağının birbirinden ayrılması gerekmektedir. Yapı tatil tutanağı, kısaca henüz bitmemiş inşaatlarda tanzim edilen, inşaatın durdurulması sonucunu doğuran işlemdir. Yapı tespit tutanağı ise, tamamlanmış bir binanın ruhsat ve eklerine aykırı olduğu gerekçesi ile tanzim edilen ve dolayısıyla herhangi bir şekilde inşaatı durdurmaya tasarruftur²⁷.

²⁴ Örneğin Danıştay, balkonun üzerine saç örülmesini ruhsata aykırılık olarak değerlendiremeyeceğini belirterek yıkım kararı verilemeyeceğini ifade etmiştir (D6D., 19.3.1990, E. 1988/ 3350, K. 1990/ 343 in ERGEN, Cafer/ BÖKE, Veli, **Kaçak Yapı**, Ankara 2005, s. 273).

²⁵ D14D., 16.5.2014, E. 2012/ 5077, K. 2014/ 5778, Yayınlanmamıştır.

²⁶ D14D., 18.6.2014, E. 2014/ 1623, K. 2014/ 6892, Yayınlanmamıştır. “3194 sayılı Kanun'un 32. maddesinde belirtildiği şekilde usulüne uygun olarak düzenlenmiş yapı tatil tutanağı olmadan, sadece tespit tutanağına dayanılarak tesis edilen yıkım işleminde hukuka uyarlık bulunmamaktadır” D14D., 1.6.2011, E. 2011/5192, K. 2011/5, **KİBB**.

²⁷ KULAK, s. 268. Kulak, yapı tespit tutanağının herhangi bir tesir edici mahiyetinin bulunmadığı gerekçesi ile iptal davasına konu olmayacağını, yapı tatil tutanağının ise inşaatı durdurucu niteliğe haiz olduğu gerekçesi ile iptal davasına konu olabileceğini ifade etmiştir. Ancak Danıştay'ın bu konuda aldığı 21.5.2014 tarihli bir kararında: “2577 sayılı Yasanın 28.maddesi uyarınca, uyuşmazlık konusu yapıların yapımına dayanak oluşturan uygulama imar planının dayanağı olan nazım imar planının yargı kararıyla iptal edilmesi üzerine, davalı idarece bu kararın gereklerinin gecikmeksizin uygulanması amacıyla, plana göre yapılmakta olan yapıların mevcut durumunun tespit edilmesi ve 3194 sayılı Kanunun 32. maddesine uyarınca tedbir olarak mühürlenmek suretiyle durdurulmasının gerektiği, yapı ruhsatının iptal edilmemiş olmasının yapının mühürlenmesine engel teşkil etmeyeceği, bu durumun yapının yıkımına karar verilmesi aşamasında dikkate alınması gerektiği açıktır. Bu durumda; uyuşmazlık konusu parselde yürürlükte olduğu dönemde geçerli olan imar planı uyarınca düzenlenen yapı ruhsatı ile yapıldığı anlaşılan yapının, ruhsatın dayanağı imar planı hakkında verilen yargı kararı üzerine, yapının durumunun tespit edilmesi ve tedbir amacıyla mühürlenerek, durdurulmasına ilişkin işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığından, dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir” (D14D., 21.5.2014, E. 2012/ 5037, K. 2014/ 5893, Yayınlanmamıştır).

Yıkım kararına ilişkin tutanağın kim tarafından tanzim edileceği İmar Kanunu'nun 32. maddesinde ifade edilmiştir²⁸. Buna göre ruhsatsız bir binanın yapılması, yapılan binaya ruhsatsız eklentilerde bulunulması veya ruhsata ve eklerine aykırı bina yapılması durumunda tespitini belirli kişi veya kurumlarca yapılacağı ifade edilmiştir. Buna göre tespit:

a. Belediye veya mücavir alan sınırları içerisinde ise belediyeler tarafından yapılmaktadır.

b. Belediye veya mücavir alan sınırları dışında olup da İmar Kanunu'na tabi olarak ruhsat alması gereken bir yapı ise, Valilik tarafından belirlenmektedir. 6360 sayılı Kanunla büyükşehirlerin sınırı, ilin mülki sınırı olarak değiştirilmiş ve bütün köy tüzel kişilikleri kaldırılmış ve mahalleye dönüştürülmüştür. Bu nedenle imar konusunda eskiden ilk kademe belediyesi hüviyetinde olmayan ilçe belediyeleri ve ona bağlı olan mahallelerde de artık ilçe belediyeleri yetkili hale getirilmiştir²⁹. Büyükşehir Belediyesi Kanunu'na göre (m. 11/ III) eğer ilçe belediyeleri, İmar Kanunu'ndan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmezler ise bağlı oldukları büyükşehir belediyelerince yaptırım uygulanabilecektir. Dolayısıyla bu konuda tespit ilçe belediyesi veya büyükşehir belediyelerince yapılabilecektir³⁰.

²⁸ İmar Kanunu m. 32: "Bu Kanun hükümlerine göre ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulce (veya yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürosunca) tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur. Durdurma, yapı tatil zaptının yapı yerine aşılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılır. Bu tebliğatin bir nüshası da muhtara bırakılır.

Bu tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibi, yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat alarak, belediyeden veya valilikten mührün kaldırılmasını ister.

Ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygunluğu, inceleme sonunda anlaşılırsa, mühür, belediye veya valilikçe kaldırılır ve inşaatın devamına izin verilir.

Aksi takdirde, ruhsat iptal edilir, ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan bina, belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılır ve masrafi yapı sahibinden tahsil edilir".

²⁹ 5216 SK m. 11/ III: "Büyükşehir belediyesi tarafından belirlenen ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapılar, gerekli işlem yapılmak üzere ilgili belediyeye bildirilir. Belirlenen imara aykırı uygulama, ilgili belediye tarafından üç ay içinde giderilmediği takdirde, büyükşehir belediyesi 3.5.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununun 32 ve 42 nci maddelerinde belirtilen yetkilerini kullanma hakkını haizdir. Ancak 3194 sayılı Kanunun 42 nci madde kapsamındaki konulardan dolayı iki kez ceza verilemez".

³⁰ "3194 sayılı Kanunun 32. Maddesine göre bir yapının durdurulabilmesi, yapılmakta olan yapının ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapılması halinde mümkün olabilecektir. Böyle biri durumu olmayan ve ilçe belediyesince verilen ruhsata uygun biçimde yapılmakta olan yapının büyükşehir belediyesince durdurulması mümkün değildir" (D6D., 29.3.1989, E.

c. Fenni mesul başka bir deyişle yeminli mühendislik veya mimarlık bürosu tarafından da yapılabilir.

d. 3194 sayılı Kanunun m. 28/II, c. 2'ye göre: “yapı sahibine ve idareye karşı sorumlu olan fenni mesuller, uzmanlık alanına uygun olarak yapıda yetki belgesi olmayan usta çalıştırılması veya şantiye şefi bulundurulmaksızın yapım işinin sürdürülmesi veya yapının mevzuata aykırı yapılması veya istifaları halinde, bu durumları altı iş günü içinde ilgili idareye yazılı olarak bildirmek zorundadır. Aksi takdirde, fenni mesuller kanuni mesuliyetten kurtulamaz. Bildirim üzerine, en geç üç iş günü içinde 32 nci maddeye göre işlem yapılır” şeklindedir. Ayrıca 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun’un 2/g maddesine göre ruhsat ve eklerine aykırı uygulama yapılması halinde durumun üç gün içinde ilgili idareye bildirilmesi lazımdır. Bu bildirimle rağmen gereği yapılmadığı takdirde zarardan hem ilgili idare hem de ruhsata aykırı uygulama yapanlar sorumlu olacaktır. Böyle durumlarda zarara sebebiyet veren üçüncü kişi ve idare ancak kusurları oranında tazminattan sorumlu olurlar. Danıştay’a göre de idarenin tazmin sorumluluğundan bahsedebilmek için, ortada bir zararın bulunması, bu zararın idareye yüklenebilen bir işlem veya eylemden doğmuş olması ve nedensellik bağının kurulabilmesi gereklidir³¹.

Yıkımın uygulanacağı alanlar ile ilgili olarak İmar Kanunu’nun kapsam maddesinde sadece 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, bu Kanunun ilgili maddelerine uyulmak kaydı ile 2960 sayılı İstanbul Boğaziçi Kanunu ve Büyük Şehir Belediyeleri Hakkında Kanun ile diğer özel kanunlar ile belirlenen veya belirlenecek

1988/ 2225, K. 1989/ 720) Aynı yönde D6D., 22.10.1991, E. 1990/ 2033, K. 1991/ 2083 (Yayımlanmamıştır).

³¹ BUCAKTEPE, Adil, “Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 17-18, Sayı: 26-27-28, 2012-2013, s. 111. “Denetim şirketi tarafından işleme konu yapının ruhsat ve eklerine aykırı yapıldığı hususunun davalı idareye bildirilmesine rağmen, yapılan bu bildirim üzerine davalı idarece 3194 sayılı Kanunun 28. maddesinde belirtilen 3 günlük süre içerisinde imara aykırı yapı hakkında 32. madde uyarınca işlem tesis edilmemesi, bildirim yapıldığı tarihten önce yapıdaki aykırılıkların tespit edildiğini, denetim şirketinin denetim ve bildirim yükümlülüğünü süresi içerisinde yerine getirmediğini ortaya koyan herhangi bir bilgi ve belgenin dosyaya sunulmaması nedeniyle, işleme konu yapıda ruhsat ve eklerine aykırı ilaveler yapıldığının bildirilmesinden bir yıla yakın bir süre geçirildikten sonra davalı idarece tespit edilen imara aykırılıklar nedeniyle, bildirim mükellefiyetini yerine getirdiği anlaşılan davalı denetim şirketinin sorumlu olduğunun hukuken kabulüne olanak bulunmadığından, dava konusu işlemden hukuka aykırılık, aksi yönde verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir” D14D., 20.3.2014, E. 2012/ 3894, K. 2014/ 3797, Yayımlanmamıştır. Aynı yönde D10D., 4.5.1999, 7453/ 2213 in ATAY, Ender Ethem/ ODABAŞI, Hasan, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Ankara 2010, s. 590-591.

olan yerlerde, bu Kanunun özel kanunlara aykırı olmayan hükümleri uygulanmaktadır. Bunun dışında belli özel alanlarda; örneğin, organize sanayi bölgeleri içerisinde belediyeler tarafından tutulan tespit tutanaklarının hukuka aykırı olmadığı Danıştay tarafından kabul edilmiştir³².

2. Yapı Tatil Tutanağının İptal Davasına Konu Edilmesi

Bir idari işlemin iptal davasına konu edilebilmesi için kesin ve yürütülebilir olması ön şarttır (İYUK 14/ 1-4). 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ilk inceleme konularını düzenleyen 14. maddesinde, “kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem” in iptal davasına konu olabileceği düzenlenmiştir. İlginçtir ki, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun ilk inceleme konularını düzenleyen 44. maddesinde bu husus yer almamış; bu boşluk, aynı Kanunun 56. maddesinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na yaptığı atıfla doldurulmuştur. O halde idari yargılama usulü alanını düzenleyen her iki kanunun da, iptal davası açılabilmesi için ortada “kesin” ve “icrai” nitelikte bir idari işlemin bulunması şartını aradığını söyleyebiliriz³³.

Kamu gücü ve kudretinin, üçüncü kişiler üzerinde ayrıca başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemler icrai niteliktedir³⁴. Danıştay ise idari işlemin kesin ve yürütülebilir olmasını: “Kesin ve yürütülebilir bir işlem olması deyimi, işlemin tamamlanması için gerekli idari usul kuralları uygulanarak yetkili kamu görevlisi veya görevlileri tarafından imzalanan, bu durumu ile uygulamaya konulan ve kendi başına hukuki sonuçlar doğuran, idarenin tek taraflı ve buyurucu gücüne dayanan işlemleri ifade eder” şeklinde ifade etmiştir³⁵. İdari işlemler, iradelerin açıklanması bakımından basit, birleşme ve kolektif işlemler olarak üç kısma ayrılmaktadır. Birleşme işlem türünde, birden fazla iradenin bir işlemin sıhhati için farklı zamanlarda, fakat aynı yöndeki görüşlerini belirli bir sıra içerisinde ortaya koyması ve son onay makamının onamından sonra “idari işlem” niteliğini alması gerekir. Bu işlemler, teknik anlamda ancak bu aşamadan sonra iptal davasına konu

³² D6D., 21.6.2010, E. 2008/ 9008, K. 2010/ 6489, **KİBB**.

³³ KAYA, Cemil, “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, **GÜHFD**, c. IX, Sy. 1-2, s. 255. KAGITCIOĞLU, Mutlu, “İdari İşlemin İcrailiği”, **TBBD**, 2012, sy. 103, s. 267-284.

³⁴ ERKUT, Celal, **İdari İşlemin Kimliği**, Ankara 1990, s. 190.

³⁵ D12D., 15.5.2006, E. 2005/ 6811, K. 2006/ 1959, **KİBB**.

edilebilirler³⁶. İdari yargıda iptal davası: “hukuka aykırı tek yanlı idari işlemleri ortadan kaldırmak suretiyle, hukuk düzenini koruyan, hukuk devletini gerçekleştiren objektif bir davadır” denilmektedir³⁷. Birden fazla irade işlemin oluşumuna katkıda bulunmaktadır. Söz konusu yasal zincir tamamlanmaksızın bir idari işlem olarak “yıkım kararı”nın ortaya çıkması, idare hukuku anlamında mümkün değildir. Bu durum esasında Türk İdare Hukuku açısından “ayrılabilir işlem teorisi” olarak mütalaa edilmektedir³⁸.

Gerek Kanunun ifadesinden gerekse de oluş tarzından çıkarıldığı ölçüde yapı tatil tutanağı'nın teknik anlamda bir hazırlık işlemi niteliğinde olduğu açıktır. Çünkü söz konusu tutanağın usulüne uygun tebliğinden sonra, yapılan bir dizi işlem, işlemin tekemmül edebilmesi için mecburîdir. Tutanaklar, yapı işleri itibarıyla asıl işlemin hazırlayıcısı niteliğindedir³⁹. Fakat bize göre, teorik manada yapı tatil tutanağı bir idari işlem olmasa da Danıştay müstakar bir biçimde, yapı tatil tutanağının tek başına iptal davasına konu edilebileceğini ifade etmektedir⁴⁰. Örneğin, Danıştay bir kararında, ruhsata aykırı olarak kullanıma sokulan ATM cihazlarının yapı sayılarak kaldırılması için belediye tarafından düzenlenen yapı tatil tutanağının iptali talebini ihtiva eden davada, ilk derece mahkemesinin işlemin kesin ve yürütülebilir olmadığı gerekçesi ile verdiği ret kararını bozmuştur. Buna gerekçe olarak da dava konusu tutanağın ilgilinin hukuksal durumunu tek başına etkilediğini

³⁶ Aşamalı biçimde ortaya çıkan işlemlere farklı isimler verilebilmektedir. Örneğin zincirleme işlem, karma işlem, usullü işlem, usulî işlem gibi (SEZGİNER, Murat, Murat, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Ankara 2000, s. 55 vd).

³⁷ SEZGİNER, s. 15.

³⁸ “Ayrılabilir işlem kavramı, ifade edilen bu engellerin aşılmasını; tek yanlı idari işlemi bulunduğu yer neresi olursa olsun, içinde bulunduğu işlem süreci veya hukuki ilişkiden ayırıştırarak iptal davası yargıcının denetimine tabi tutulmasını sağlayan bir tekniktir. Buna göre idarenin tek yanlı işlemi, bulunduğu süreç ya da ilişkiye göre değil, kendine ait özellikleri dikkate alınarak, iptal davasına konu olup olmayacağı tespit edilecektir” (SEZGİNER, s. 15). Belirtmek gerekir ki “ayrılabilir nitelikteki işlemlerin, idari prosedür içinde bir sonraki işlem ile ortaya konulmayacak özellikteki bir takım hukuki sonuçları yaratma gücü bulunmaktadır” (ERKUT, s. 129).

³⁹ KAYA, s. 260.

⁴⁰ KULAK, s. 266-268. “Olayda; dava konusu yapının yıkımına ilişkin encümen kararının bildirilerek yıkım işleminin davacı tarafından yapılması gerektiği, aksi taktirde idarece yıkılacağı ve yıkım masraflarının davacıdan tahsil edileceği yaptırımlarını içeren ve dava konusu yapının yıkılması sonucunu doğuracak olan dava konusu işlemin, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliğinde olduğu sonucuna ulaşıldığından, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir” D14D., 3.7.2014, E. 2012/ 5207, K. 2014/ 7297, Yayınlanmamıştır.

göstermiştir⁴¹. Aynı olaya ilişkin Danıştay başka bir kararında ise: “Yapı tatil tutanağı, 3194 sayılı İmar Kanunu’ nun 32. maddesi uyarınca düzenlenen ve bir yapının ruhsatsız ya da ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapıldığını tespit eden, düzenlendiği tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapının ruhsata uygun hale getirilerek veya ruhsat alınarak yapının imar mevzuatına uygun hale getirilmesini sağlayan idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemdir” demiştir⁴². Ancak Danıştay, yapı tatil tutanağında bulunması zorunlu olan unsurların, örneğin ruhsatsız yapıldığı belirtilen yapının mühürlenerek derhal durdurulduğuna, yapı tatil tutanağının yapı yerine asıldığına ve yapının durdurulduğuna dair tutanağın bir örneğinin muhtara bırakıldığına ayrıca davacıya ruhsatsız imalatın ruhsata uygun hale getirilmesi için en çok bir aya kadar süre verildiğine dair tespitlerin yapılmaması halinde, düzenlenen evrakı yapı tatil tutanağı olarak değil, “durum tespit raporu” olarak kabul etmekte; buna bağlı olarak tesis edilen yıkım, elektrik ve su hizmetlerinden mahrum bırakma gibi işlemleri de nedensiz olduğu gerekçesi ile iptale konu etmektedir⁴³. Oysaki Danıştay 1970’li yıllarda vermiş olduğu kararlarda, yıkımdan önce tanzim edilen tutanakların kesin ve yürütülebilir işlem olmadıkları gerekçesiyle iptal davasına konu edilemeyeceklerini belirtmiştir⁴⁴.

Bize göre, Danıştay’ın yapı tatil tutanaklarını tek başına iptal davasına konu etmesinin ana nedeni, nihai karar çıkıncaya kadar maliki koruma altına alma düşüncesidir⁴⁵. Çünkü encümen veya il idare kurulunca verilecek

⁴¹ “Dava konusu 28.6.2010 tarih ve 4655-37976 sayılı Pendik Belediye Başkanlığı işleminin doğuracağı hukuki ve fiili sonuçlar dikkate alındığında, işlemde belirtilen yasa hükümleri ile davacının nasıl bir yaptırım ile karşı karşıya kalacağı öngörülmüş olup, bu haliyle idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gerekli icrai bir işlem niteliğinde olduğu anlaşıldığından, iptali istenen işlemin hazırlık işlemi olduğu, bu nedenle kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem olmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddi yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir” (D14D., 1.6.2011, E. 2011/ 5212, K. 2011/ 7, **KİBB**). Aynı yönde DİDDK, 23.10.2008, E. 2005/ 1721, K. 2008/ 1837, **KİBB**; Aynı yönde bir başka karar olan Muğla İdare Mahkemesi’nin 23.7.2009 tarihli kararı için bkz. <http://www.acohukuk.com/index.php?icerik=127&goster=165>, 16.9.2014.

⁴² D6D., 16.11.2005, E. 2005/ 1641, K. 2005/ 5523, **KİBB**.

⁴³ D14D., 3.7.2014, E. 2012/ 3905, K. 2014/ 7299, Yayınlanmamıştır.

⁴⁴ D6D., 15.5.1970, E. 1966/ 654, K. 1970/ 335, **AİD**, c. 4, sy. 1, Mart 1971, s. 190-191. D6D., 16.5.1973, E. 1972/ 3353, K. 1973/ 2059, **DD**, sy.12-13, s. 311. D6D., 18.3.1975, E. 1974/ 2053, K. 1975/ 1586, **DD**, sy.20-21, s. 384. Yıkımdan önce düzenlenen bildirimle ilişkin yazılılara dava açılmayacağı hakkında bkz. AKILLIOĞLU, Tekin, “Yıkma Kararlarında Yöntem Sorunları”, **AİD**, c. 12, sy. 4, Aralık 1979, s. 40.

⁴⁵ Farklı yönde görüşte bulunan Kulak’a göre, tutanak tek başına her ne kadar ”icrailik” niteliğine haiz olsa da “kesin” değildir. Bunun dışında tutanağın tek başına düzenlenmesi

olan nihai kararın uygulanmasından önce açılacak davalarda, yürütmeyi durdurma kararı çıkıncaya kadar, Türkiye gerçekliğinde yıkım kararı çoktan icra aşamasına geçmiş olacaktır. Fakat uygulamada olduğu gibi, eğer tutanak uygulanmadan iptal davasına konu edilebilir ise malikin hukuki güvenceye kavuşması daha önceden sağlanmış olacaktır. Danıştay'ın tutanağı tek başına iptal davasına konu etmiş olması pratik açıdan doğru, fakat teorik açıdan yanlış bir uygulamadır. Tutanağı tek başına kesin ve yürütülebilir işlem saymanın en önemli sakıncası, dava açma süresinin ne zaman başlayacağı sorunsalına yol açma tehlikesidir.

Bu sorunun temelinde yatan çözüm, bize göre, yıkım kararının konusu, temel haklardan birisi olan mülkiyet hakkı olduğu için Almanya uygulamasında olduğu gibi idari yargıda dava açılır açılmaz yürütmeyi durdurma kararının talebe bağlı olmaksızın kendiliğinden ortaya çıkmasıdır (VwGO § 123/ 1). İdari yargılama hukukumuz açısından özellikle tesis edilen işlemin konusu temel hak ve hürriyetler sınıfında tasnif edilen bir tasarruf ise, işlemin yürütmesinin durdurulması sonucunun kendiliğinden ortaya çıkması, bireyin hukuksal güvenliğini doğrudan sağlayıcı nitelikte olacaktır. Bu çözüm önerisinin hem malik açısından hem de davalı idare açısından olumlu bir çözüm hüviyetinde olacağı düşüncesindeyiz.

3. Yapı Tatil Tutanağının Düzenlenmesi ve Usulüne Uygun Olarak Tebliğ Edilmesi

İmar Kanunu'nun 32. maddesi yapı tatil tutanağının nasıl düzenleneceğini ayrıntılı bir biçimde ifade etmiştir. Teknik manada geçerli ve hukuksal kurallara uygun bir yıkım kararının teessüs edebilmesi için yapı tatil tutanağının neden düzenlendiğinin şüpheye yer bırakmayacak açıklıkta ifade edilmesi zorunluluktur. İlâveten tutanakta malikin ne gibi haklara sahip olduğu, başka bir deyişle idari veya hukuksal başvuru yollarının neler olduğu belirtilmelidir. Anayasamızın 40. maddesine göre: “*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır*”. Danıştay'ın başvuru süresi belirtilmeyen bir idari işleme karşı açılan davada vermiş olduğu kararında: “Devletin, işlemlerinde, bireylerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek

malikin lehinedir. Çünkü bu sayede inşaatın devamına engel olunmaktadır (KULAK, s. 266-268) Yapı Tatil Tutanağının kesin ve yürütülebilir işlem olduğu düşüncesi farklı yazarlar tarafından da savunulmaktadır Bkz. YASIN, s. 118. ERGEN/ BÖKE, s. 277.

zorunda olduğunu öngören Anayasanın 40'ncı maddesinin ikinci fıkrasının, ayrı bir yasal düzenlemenin varlığını gerektirmeyen, doğrudan uygulanabilir nitelik taşımasından dolayı yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak idari veya yargı mercileri ve kanun yolları ile sürelerini belirtmesi zorunludur” denilmiş, “...bu işleme karşı başvurulacak yargı mercii veya idari makam gösterilmesine karşın başvuru süresinin gösterilmediği saptanmaktadır. Bu durum, Anayasanın 40'ncı maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin gerekçede belirtildiği gibi son derece karışık olan mevzuat karşısında bireylerin yargı yeri ve idari makamlar önünde haklarını sonuna kadar arayabilmelerini olanaklı kılmak amacıyla öngörülen zorunluluğa aykırı ve dolayısıyla, Anayasanın 36'ncı maddesinde öngörülen hak arama hürriyetini sınırlayıcı bir sonuç doğurmuş ve Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin korunmasını düzenleyen 40'ncü maddesine açıkça aykırılık yaratmıştır. Başvuru süresi gösterilmeyen ödeme emirlerine ilişkin yazılı bildirim süreyi başlatmayacağı için davanın süresinde açılmadığından” söz edilemeyeceğine hükmetmiştir⁴⁶. Bu hükümden hareketle başvuru yollarını göstermeyen, yazılı bildirim yapıldığı kanıtlanmış olmayan⁴⁷ bir tutanağa karşı açılan iptal davasında, dava açma süresinin geçtiğinden bahisle davanın reddine Anayasa m. 40/I-II karşısında imkân yoktur.

Burada özellikle hakkında tutanak tanzim edilen yapının neden bu işleme konu edildiği, ruhsat ve ekleri ile mevcut yapı arasındaki uyumsuzlukların neler olduğu, ilgilinin anlayacağı açıklıkta yetkili kılınan otoritelere (belediye veya valilikler) ifade edilmelidir. Nitekim Danıştay, bu konudaki bir kararında, normalinde ruhsatlı bir şekilde yapılan bir yapıda ruhsata aykırılığın ne olduğunun tam olarak belirtilmemesini, bunun tebliğ edilmemesini, malikin bu konuda ikaz edilmemesini, salt fen müdürlüğü işlemine dayalı olarak yıkım kararı verilmesini hukuka aykırı görerek iptal etmiştir⁴⁸. Bu ifadelere yer verildikten sonra tertip edilen tutanağın bir sureti yapıya asılır, bir sureti de muhtara bırakılır. Tebligatlar yapıldıktan sonra ilgiliye tutanağı düzenleyen yetkili birimlerce en çok bir aya kadar, söz konusu yapıdaki aykırılıkların

⁴⁶ DVDDK, 30.4.2013, E. 2011/ 235, K. 2013/ 195, **KİBB**. Aynı yönde DVDDK, 25.1.2012, E. 2009/ 173, K. 2012/ 19, DD, sy. 130, s. 403 vd. D12D., 18.2.2013, E. 2011/ 3449, K. 2013/ 641, **KİBB**. D14D., 7.2.2013, E. 2012/ 4891, K. 2013/ 697, **KİBB**. D14D., 4.4.2012, E. 2011/ 11567, K. 2012/ 2376, **KİBB**.

⁴⁷ GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, c. II, Ankara 2014, s. 824 vd.

⁴⁸ D6D., 23.12.2004, E. 2002/ 3582, K. 2004/ 394, DD., sy. 5, 2004, s. 182. Aynı yönde D14D., 9.5.2014, E. 2012/ 1276, K. 2014/ 5423, Yayınlanmamıştır.

giderilmesi için mühlet verilmek zorundadır. Eğer ilgili bu süre zarfında yapıdaki eksiklik veya aksaklıkları giderir ise yıkım kararı verilemez. Mevcut yapı, ruhsata bağlanma ihtimali taşımıyorsa böyle bir süre verilmesine gerek yoktur⁴⁹. Tutanağın bu şekilde tanzim edilmesinden sonra usulüne uygun olarak tebliğ edildiği, yani bir suretinin yapı yerine yapıştırıldığı, bir suretinin de muhtara bırakıldığı mutlaka belirtilmelidir⁵⁰.

Bu konuda Danıştay tarafından verilen bir kararda, yapı tatil tutanağının nasıl düzenlenmesinin gerekli olduğu açıkça ifade edilmiştir⁵¹:

1. Ruhsata uygun hale getirilmesi mümkün olan yapıların verilen süre içinde ruhsata uygun hale getirilmesi, aksi halde imar mevzuatında öngörülen yaptırımların uygulanacağına ihtaren bildirilmiş olması ve ruhsata aykırılıkların tam olarak neler olduğunun açıkça ifade edilmesi gerekmektedir⁵². Taşınmazı ruhsata uygun hale getirmesi muhatabın idari para cezasından (İK m. 42) kurtulması anlamına gelmemektedir⁵³.

⁴⁹ KALABALIK, Halil, “İmar Mevzuatına Aykırı Yapıların Yıkılması”, **Kamu Mevzuatı Dergisi**, sy. 4, Mart 2009, s. 56.

⁵⁰ “Olayda, dava konusu işleme dayanak oluşturan 09.02.1020 günlü “Durum Tespit Tutanağı”nda, yapı ruhsatı ve eki onaylı proiesine aykırı olarak yapılan tadilatlardan bahsedilmiş ise de, 3194 sayılı İmar Kanununun 32. maddesinde öngörüldüğü biçimde yapının ruhsata aykırı kısımlarının mühürlenerek tutanağın yapı yerine asıldığına ve bir nüshasının muhtara bırakıldığına ilişkin bir belirlemeye yer verilmediği görülmüştür. Her ne kadar, usulüne uygun olarak düzenlenmeyen tutanaktan sonra 22.02.2010 günlü, 1854 sayılı Belediyesi İmar ve Şehircilik Müdürlüğü işlemleriyle, davacıya yapısını ruhsata uygun hale getirilmesi için süre verilmiş ve akabinde tesis edilecek yasal işlemler hakkında bilgi verilmiş ise de, bu durumun usulüne uygun olarak düzenlenmeyen tutanağın hukuki sakatlığını giderecek nitelikte olmadığı ortadadır” (D14D., 13.5.2014, E. 2012/ 1154, K. 2014/ 5503, Yayınlanmamıştır). Aynı yönde D14D., 14.5.2014, E. 2012/ 812, K. 2014/ 5563, Yayınlanmamıştır. D14D., 13.5.2014, E. 2012/ 1166, K. 2014/ 5508, Yayınlanmamıştır.

⁵¹ DİDDK., 5.5.2005, E. 2004/ 2530, K. 2005/ 1121, DD., sy. 111, s. 65-66. D6D., 7.4.2010, E. 2008/ 5174, K. 2010/ 3473. D6D., 14.12.2011, 9942/ 4803 (KULAK, s. 267).

⁵² “Dava konusu olayda ise, davalı idarenin elemanlarınca ruhsata aykırılığı açıkça ortaya koyacak bir tespit yapılmadığı, bu tespit tebliği suretiyle davacının uyarılmadığı ve yapısını mevzuata uygun hale getirme imkânı tanınmadan zabıta komiseri ve zabıta memurlarının yazısı esas alınarak yani zabıt varakasında 3194 sayılı Yasa’nın 32. maddesi uyarınca, yapının mühürlendiğine, tutanağın yapıya asıldığına ve bir nüshasının muhtara bırakıldığına ilişkin herhangi kayıt bulunmadığı, bu haliyle, dava konusu işleme dayanak oluşturan tutanağın, 3194 sayılı Yasa’da öngörülen “yapı tatil tutanağı” niteliğinde bulunmadığı görülmektedir” (D14D., 9.5.2014, E. 2012/ 3353, K. 2014/ 5422, Yayınlanmamıştır). D6D, 9.12.1993, E. 1993/ 560, K. 1993/ 5290, **DİBB**, 17.9.2014. D14D., 9.4.2014, E. 2012/ 9327, K. 2014/ 4423, Yayınlanmamıştır).

⁵³ Bu durumun detaylı eleştirisi hakkında bkz. EKE, Feral, “3194 sayılı İmar Yasası’na Eleştirel Bakış”, **ÇYYD**, c. 9, sy. 3, Temmuz 2000, s. 66.

2. Yapı tatil tutanağının yapı üzerine asıldığı ve bir örneğinin bağlı olunan muhtara bırakıldığına dair bilgilere yer verilmiş olması gerekmektedir⁵⁴. Yapı tatil tutanağının ayrıca malik tarafından imzalanmasına gerek yoktur⁵⁵. Tebligatın aşamaları konusunda Danıştay, bir sıralama yapmıştır. Buna göre: “...yapının denetimini yapan ilgili idare elemanlarının yapıyla ilgili saptamaları ve imzalarının bulunduğu tutanağın düzenlendiği sırada yapı sahibinin de hazır bulunması halinde imzalatılması, yapı sahibi bulunamamış ise tutanağın yapı yerine asılması, bu hususa da tutanakta yer verilmesi gerekmektedir. Ayrıca yasa hükmünde yapı yerine asılan yapının durdurulduğuna dair tutanağın bir örneğinin muhtara bırakılması gerektiği de belirtilmiştir”⁵⁶. Burada İK m. 32/ II’de ifade edilen: “...yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasıyla...” ibaresinin üstünde durmak gerekmektedir. Danıştay’ın ayrıca muhtara yapılacak bildirim iptal sebebi saymaması, buna ilaveten ilgiliye imzalatma şartının da aranmaması hususları da dikkate alındığında, dava açma süresinin yapıya tutanağın yapıştırılması ile başladığı açıktır⁵⁷. Fakat burada fiziken tutanağın nereye asılacağı MK m. 2 çerçevesinde değerlendirilmek zorundadır. Yapıştırma suretiyle yapılacak olan tebligatın herkesçe görülebilir, kolaylıkla algılanabilir bir yerde olması zorunluluktur.

Yukarıda açıklanmaya çalışılan tebligat usulünü ana hatları ile ifade etmek gerekirse:

1. Öncelikli olarak yapıda hukuka aykırılıkların ne olduğunun tespiti için bir belge düzenlenmesi, bu belgede özellikle ruhsatsız olan veya ruhsata

⁵⁴ “Dava konusu olayda ise, ruhsata aykırılığı açıkça ortaya koyacak bir tespit yapılmamasına ilişkin olarak yapı tatil tutanağının düzenlenmesi aşamasında, yapının mühürlendiğine, yapı yerine asıldığına ve bu durumu teyit eder mahiyette muhtara bırakıldığına dair bir kaydın bulunmadığı davacıya yapısını mevzuata uygun hale getirme imkanı tanınmadan, inşaat teknikeri ve zabıta memurları tarafından düzenlenen söz konusu tutanağın 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 32. maddesine uygun şekilde düzenlenmediği anlaşılmıştır” (D14D., 16.5.2014, E. 2012/ 6307, K. 2014/ 5781, Yayınlanmamıştır). Aynı yönde D6D., 20.11.2006, E. 2004/ 4906, K. 2006/ 5387, DİBB, 17.9.2014. D14D., 13.5.2014, E. 2012/ 8561, K. 2014/ 5505, Yayınlanmamıştır. Danıştay her ne kadar bu kararında, tutanağın bir örneğinin muhtara bırakılmasını şart koşmuş ise de daha önceki tarihte vermiş olduğu bir kararda muhtara bırakılmayı asli şekil noksanı olarak saymamıştır (D6D., 12.5.1992, E. 1991/ 2069, K. 1992/ 2139) (Yayımlanmamıştır). Aynı yönde D14D., 16.5.2014, E. 2012/ 9727, K. 2014/ 5777, Yayınlanmamıştır. D14D., 10.4.2014, E. 2012/ 2653, K. 2014/ 4518, Yayınlanmamıştır.

⁵⁵ “Tespit tutanağını imzadan kaçınmak tebligatın yasallığını ortadan kaldırmaz” (D6D., 15.4.1992, E. 1990/ 1641, K. 1992/ 1546) (Yayımlanmamıştır).

⁵⁶ D14D., 1.7.2014, E. 2012/ 7435, K. 2014/ 7184, Yayınlanmamıştır. D14D., 13.3.2014, E. 2013/ 266, K. 2014/ 3517, Yayınlanmamıştır.

⁵⁷ D14D., 12.6.2014, E. 2014/ 1601, K. 2014/ 6784, Yayınlanmamıştır.

aykırı şekilde inşa edilen yapının teknik olarak sınırları belirlenir. Yıkım kararı, sadece hukuka aykırı olan kısım üzerinde alınabilir⁵⁸,

2. Bu belgenin bir suretinin yapının üzerine yapıştirılması ve bir suretinin de bağı olunan muhtara tebliğ edilmesi⁵⁹,

3. Aykırılığın izalesi için muhataba en çok bir aylık süre verilmesi⁶⁰ gerekmektedir. Bir aydan az süre verilmesi Danıştay tarafından uygun görülmüştür⁶¹. Fakat somut olayın şartlarına göre süre verilmesi gereksiz ise idare süre vermeden yıkım kararı alabilir. Örneğin imar yoluna tecavüzlü olan ve bu durumuyla ruhsata bağlanması mümkün olmayan yapının ruhsata bağlanması için süre verilmemesi kararı iptal edilmemiştir⁶².

4. Aykırılık giderilmez ise yapının yetkili birimlerce yıkılması gerekmektedir⁶³.

Görüldüğü üzere, İmar Kanunu'nun 32/ III maddesinde özel bir tebligat rejimi öngörülmüştür. Buradaki usul yapılış bakımından 7201 sayılı Tebligat Kanunu'ndan tamamen farklıdır. Burada en dikkat çekici husus, malikin haberi dahi olmadan yapısının mühürlenip inşaatın durdurulması ve

⁵⁸ D14D., 6.5.2014, E. 2012/ 4617, K. 2014/ 5177, Yayınlanmamıştır.

⁵⁹ Fakat Danıştay bir kararında mutlaka yasal şekil şartına uymayı şart koşmamış, muhatabın bir şekilde öğrenmesini yeterli saymıştır. "Olayda; her ne kadar yapı tatil tutanağı yapı yerine asılmamış ise de, davalı belediyece 17.12.2010 günlü bildirim işlemi ile taşınmazda yapılan imalata aykırılıklar açıkça belirtilmiş ve ilgisine 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca yapılacak işlemler açıklanmış olup, kanun maddesinin aradığı şart olan ilgililerin haberdar edilmesi zorunluluğu idarece gerçekleştirilmiş ve kanunun aradığı usul şartı yerine getirilmiştir" (D14D., 20.5.2014, E. 2012/ 8634, K. 2014/ 5795, Yayınlanmamıştır).

⁶⁰ Bir aylık süre içerisinde eksikliğin giderilmesi, binanın yıkılmasına engel olacaktır, fakat bu durum para cezası verilmesine engel değildir (D6D., 20.10.2006, E. 2004/ 3982, K. 2006/ 4919, **KİBB**). Yıkıma konu olan bir taşınma üzerinde davalı belediye tarafından akşama kadar süre verilmesine ilişkin belediye encümeni kararı iptal edilmiştir (D6D., 4.5.2005, E. 2003/ 5961, K. 2005/ 2570, **KİBB**).

⁶¹ D14D., 11.3.2014, E. 2012/ 2219, K. 2014/ 3275, Yayınlanmamıştır.

⁶² D6D., 3.4.1997, E. 1996/ 2121, K. 1997/ 1843 in ÖZKAN, Osman, "İmara Aykırı Yapılar Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar", **Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi**, 2006, c. 11, sy. 11.

⁶³ Yapı tatil tutanağında "yıkım" ifadesine açıkça yer verilmelidir. "Gerekli işlemlerin yapılacağı" ve benzeri ifadelere yer verilmesi yeterli değildir (D6D., 23.1.2004, E. 2002/ 3582, K. 2004/ 394, **KİBB**). "2981 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesi kapsamında olduğunun anlaşılması halinde 1. normal katın imara uygun hale getirilmesi için davalı idareye başvuruda bulunduğu görüldüğünden, bu başvuru üzerine 1. normal katın imara uygun hale getirilip getirilmediği hususunun incelenip araştırılması suretiyle dava konusu işlem hakkında yeniden karar verilmesi gerekmektedir" (D14D., 12.6.2014, E. 2012/ 3138, K. 2014/ 6783, Yayınlanmamıştır).

yine haberi dahi olmadan yapının yıkılabilmesi ihtimalinin güçlü olmasıdır. İfade etmek gerekir ki buradaki tebligat usulü Anayasamızın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkını ihlal eder niteliktedir. Bu tebligat usulü aynı zamanda İmar Kanunu'nun 42/ I. maddesine göre verilecek olan idari para cezaları açısından da geçerli olduğundan önemi daha da artmaktadır. Yukarıda açıklandığı gibi Danıştay'ın, yapı tatil tutanağına karşı dava açılmasını kabul ettiği ve idari yargıda dava sürelerinin hak düşürücü nitelikte olduğu hususları dikkate alındığında tebligatın önemi daha da artmaktadır⁶⁴.

Hakkında yıkım kararı alınan taşınmazın muhatabı, taşınmazın malikidir. Eğer paylı mülkiyete tabi veya elbirliği mülkiyetine konu olan bir taşınmaz ise bütün maliklere bildirim yapılmalıdır⁶⁵. Fakat malik olmayıp taşınmaz üzerinde kiracı, intifa hakkı sahibi vb. hak kapsamında elinde bulunduran kişilere bildirim yapılmaması tek başına iptal sebebi olarak sayılmayıp, tali şekil noksanlığı olarak görülmüştür⁶⁶. Taşınmazı kiracı olarak kullanan kişinin de dava açma hakkının bulunduğu kabul edilmiştir⁶⁷. Yıkım kararının muhatabının doğru tespit edilmesi oldukça önemlidir⁶⁸. Çünkü yıkım kararı, hem ekonomik değeri bakımından hukuki sorumluluğunun olmasının yanında aynı zamanda İK m. 42 ve TCK m. 184 anlamında da sorumluluk doğurmaktadır. Bunların da ötesinde, İK m. 32 gereğince yıkım masraflarının idarece değil, yıkımın muhatabınca karşılanması yasa tarafından öngörülmüştür⁶⁹.

⁶⁴ YEŞİLOVA, Bilgehan, "Tebligat Hukuku Açısından İmar Kanunu'nun 32/ II Maddesinde Düzenlenen Özel Tebligat Usulünün Değerlendirilmesi", **Yaşar Ün. HFD, Aydın Zevkiler'e Armağan**, sy. 8, c. III, 2013, s. 3105. Bu durumun ciddiyetini ortaya koyar nitelikteki bir Danıştay kararında dava açma süresinin öğrenme tarihinden itibaren değil, tutanağın yapı yerine asılması tarihinden itibaren başlayacağı ifade edilmiştir (D14D., 27.3.2014, E. 2013/ 1408, K. 2014/ 4012, Yayınlanmamıştır).

⁶⁵ AKILLIOĞLU, Tekin, "Yıkım Kararlarında Yöntem Sorunları", **AİD**, c. 12, Aralık 1979, sy. 4, s.49.

⁶⁶ D14D., 10.6.2014, E. 2012/ 6589, K. 2014/ 6620, Yayınlanmamıştır.

⁶⁷ "3194 sayılı Kanun hükümleri uyarınca tesis edilen yıkım işleminin, doğrudan yapıya yönelik olarak tesis edilmesi nedeniyle, adına işlem tesis edilen ve yapının maliki olan kişiler dışında, yapıda kiracı olarak bulunanların da yıkım işleminin iptalini istemelerinde meşru, kişisel ve güncel ilişkisi vardır. Dolayısıyla yıkım işleminin iptali istemiyle dava açma ehliyetleri de bulunmaktadır" (D14D., 18.4.2012, E. 2011/ 9654, K. 2012/ 2931, **KİBB**).

⁶⁸ "Uyuşmazlığa konu olayda; yıkım ve para cezası verilmesine dayanak alınan tutanakta davacıya ait olduğu belirtilen bağımsız bölüm ile bilirkişinin davacıya ait olduğunu saptadığı bağımsız bölümün numarasının farklı olduğu, dolayısıyla tutanaktaki tespitlerin davacıya ait yapıya ilişkin olup olmadığının tereddüte yer vermeyecek şekilde açık olmadığı,(...) hukuki isabet görülmemiştir" (D14D., 6.3.2014, E. 2012/ 5745, K. 2014/ 3109, Yayınlanmamıştır).

⁶⁹ YASİN, s. 60.

Eğer taşınmaz malikinin haberi olmaksızın hukuka aykırı bir yapı yapılması söz konusu ise muhatap, yapı sahibidir.

Burada üzerinde durulması gereken temel bir husus yapı tatil tutanağını düzenleyen kişilerin belirli bir niteliği haiz olmasının gerekliliğidir. Söz konusu tutanak, uzman personel tarafından yani imar ve inşaat işleri ile ilgili olan tekniker, mühendis veya memurlar tarafından tanzim edilmelidir⁷⁰.

B. YIKIM KARARININ ONAYLANMASI

İK m. 32/ son maddesine göre, ruhsata bağlanması için veya ruhsata yahut eklerine uygun hale getirilmesi için yapı tatil tutanağına dayalı olarak süre verilen yapılar ile ilgili olarak, ihtarın yerine getirilmemesi durumunda yıkım kararı, belediye encümeni veya il idare kurulu tarafından onaylanarak icra edilir. Encümen veya il idare kurulu yerine İmar ve Şehircilik Müdürlüğü yahut muadil isimli bir birimin veya belediye başkanının⁷¹ yıkım kararı vermesi hukuka aykırıdır⁷². Ayrıca yıkım kararına karşı yapılacak idari başvurular, yetki ve usulde paralellik ilkesi gereğince yine yetkili olan kurullara yapılmalıdır⁷³. Tutanakta verilen süre dolduktan ne kadar zaman sonra yıkım kararının alınacağı noktasında onay verici kurulların hangi süre

⁷⁰ Örneğin Baz İstasyonlarının yıkımı ile ilgili olarak düzenlenen Yapı Tatil Tutanağı'nda Danıştay: "ruhsatsız ya da ruhsat ve eklerine aykırı yapı hakkında Kanunda öngörülen yaptırımların uygulanabilmesi, ihtilaf konusu imalatın ilgili fen elemanları tarafından açık ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde çizim ve fotoğraf gibi, görsel verilere dayalı olarak saptanarak usule uygun şekilde düzenlenecek bir tutanağa bağlanması ile mümkündür." Şeklinde karar vermiştir (D14D., 13.3.2014, E. 2013/266, K. 2014/3517, Yayınlanmamıştır). Aynı yönde D14D., 14.5.2014, E. 2012/6410, K. 2014/5568, Yayınlanmamıştır. Bu konuda mülga 6785 sayılı İmar Kanunu'nun 19. maddesinde; "Ruhsatiye ve eklerine aykırı olduğundan veya ruhsatsız başlanmış bulunmasından dolayı bu Kanuna göre durdurulması lazım gelen yapıların o andaki inşaat durumu belediye fen adamları, bunların bulunmadığı yerlerde belediyece hariçten memur edilmiş ve edilecek sair ehliyetli kimseler tarafından zabıtlarla tespit edilir" denilmekle, tespit işinin en az iki fen adamı tarafından yapılması mecburiyeti konulmuş bulunmaktadır.

⁷¹ D14D., 7.5.2014, E. 2012/1026, K. 2014/5280, Yayınlanmamıştır. D14D., 15.5.2014, E. 2013/94, K. 2014/5656, Yayınlanmamıştır.

⁷² "3194 sayılı Kanunun 32. maddesinde öngörülen usul izlenmeden, yıkım kararı almaya ve para cezası vermeye yetkili olmayan Yapı Kontrol ve İskan Müdürlüğü'nce tesis edilen dava konusu işlemde yetki yönünden hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir" (D14D., 10.10.2012, E. 2012/4962, K. 2012/6897, **KİBB**). Aynı yönde D14D., 16.5.2014, E. 2012/4136, K. 2014/5768, Yayınlanmamıştır. D14D., 17.6.2014, E. 2013/11026, K. 2014/6852, Yayınlanmamıştır. D14D., 22.5.2014, E. 2012/3966, K. 2014/5976, Yayınlanmamıştır. D14D., 14.5.2014, E. 2012/8201, K. 2014/5581, Yayınlanmamıştır. D14D., 27.5.2014, E. 2012/9012, K. 2014/6080, Yayınlanmamıştır.

⁷³ D14D., 20.5.2014, E. 2012/10086, K. 2014/5796, Yayınlanmamıştır.

içerisinde toplanıp bu kararı alacakları noktasında kanun koyucu herhangi bir irade beyan etmemiştir. Burada kurulların halin icabına ve iyiniyet kaidelerine uygun bir sürede toplanarak karar almaları uygun olacaktır⁷⁴.

Usulüne uygun bir yıkım kararının yetkili kurullarca alınabilmesi için şu şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir:

1. Yıkım kararı alınabilmesi için idarece verilen mühletin bitmesi şarttır⁷⁵. Ancak verilen sürenin bitmiş olması şartı, sadece ruhsata bağlanma imkânı olan yapılar için geçerli bir kuraldır. Danıştay vermiş olduğu bir kararında, işyerine ek olarak “sığınak” yapılması hakkında, ilgiliye verilen otuz günlük süre beklenmeksizin yıkım kararının icraya konulmasını usule ve yasaya aykırı görmemiştir⁷⁶. Ruhsata bağlanması mümkün olan bir yapı üzerinde süre kuralına rağmen gerçekleştirilen yıkım, işleme değil, eyleme dayanan bir idari davranış olarak ortaya çıkar ve idare hukukunda fiili yol olarak tavsif edilir⁷⁷. Fiili yol kavramı ise Danıştay’ın eski tarihli bir kararında da belirtildiği gibi: “İdari usul ve esaslar dışında idarece yapılan eylemler “haksız fiil” niteliğinde olup, idari karakter taşımayan bu eylemlerden dolayı ancak adli yargıda dava açılması mümkündür. İdarenin bir kamu hukuku kuralına, yasa, tüzük, yönetmelik gibi bir kural işlem veya bir idari işleme ya da bir yargı kararına dayanmadan hodbehot “haksız fiil” niteliğinde eylemde bulunması mahkeme içtihatlarında ve doktrinde “fiili yol” olarak nitelendirilmektedir”⁷⁸.

Ayrıca 30 günlük süre bitmeden İmar Kanunu’nun 42. maddesinde öngörülen idari para cezaları da kesilerek ilgiliye tebliğ edilemez⁷⁹.

⁷⁴ ERGEN/ BÖKE, s. 282.

⁷⁵ “Belediye encümeni kararında ruhsat alınması için 1 aylık süre verilmesine karşın, davacının bir aylık süre içerisinde 3194 sayılı Kanun’un 22. maddesinde belirtilen belgeler eklenmek suretiyle ruhsat başvurusunda bulunmadığı ve belirtilen süre içerisinde yapının ruhsata bağlanmadığı görülmüş olup, dava konusu yıkım işleminde hukuka aykırılık bulunmadığından, işlemin iptali yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir” (D14D., 24.6.2011, E. 2011/9985, K. 2011/272, **KİBB**).

⁷⁶ D14D., 21.5.2014, E. 2012/ 5137, K. 2014/ 5911, Yayınlanmamıştır. D14D., 2.4.2014, E. 2012/ 2159, K. 2014/ 4177, Yayınlanmamıştır.

⁷⁷ ERGEN/ BÖKE, s. 283. Fiili yol konusunda bkz. KAPLAN, Gürsel, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu: “Fiili Yol”, **GÜHFD.**, Haziran-Aralık 2007, c. XI, sy. 1-2, s. 887-918. ÜSTÜN, Gül, “İdarenin Usul Dışı Fiilllerinden: Fiili Yol”, **MÜHF - HAD**, c. 13, sy.1-2, 2007, s. 211-224.

⁷⁸ D.10.D, 23.1.1983, E:1992/3686,K:1993/4601 in SAYIN, İsmail Hakkı, **Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, Ankara, 1999.

⁷⁹ D14D., 3.4.2014, E. 2012/ 6302, K. 2014/ 4274, Yayınlanmamıştır. Aynı yönde D14D.,

2. Yıkım kararının usulüne uygun olarak alınabilmesi için encümen veya il idare kurulunun da yasal koşullara uygun olarak toplanmış olması gerekmektedir⁸⁰.

3. Yıkıma ilişkin olarak verilen kararda, yapının hangi kısmının ne şekilde ruhsata aykırı olduğu yahut neden o yapı ile ilgili olarak ruhsatın alınmasının gerekli olduğuna ilişkin ayrıntılı açıklamalara yer verilmelidir. Ayrıca ilgili kurullarca alınan yıkım kararında yapının yıkılacağı başka bir deyişle “yıkım” ifadesi açıkça belirtilmelidir. Ruhsata uygun hale getirilmediği takdirde binanın yıkılacağı ihtarinin yer aldığı karar, yıkım kararı değildir⁸¹. Fakat bazı durumlarda idare, yıkım kararının kesinleşmesine rağmen son bir ihtarda bulunabilir. Bu ihtar yazısı da tek başına iptal davasına konu edilebilen kesin-yürütülebilir işlem kategorisinde sayılmıştır⁸².

4. Yıkım kararı ve yıkımla ilgili işlemler, malik ile ilgili olarak alınmalıdır.

Buradaki sorunlardan birisi, yıkıma onay vermeye yetkili kurulların yapı malikine verilen süreyi beklemek zorunda olup olmadıklarıdır. Danıştay burada idarenin beklemesinin gerekli olduğunu vurgulamış, fakat malikin verilen süre zarfında ruhsat için başvuruda bulunup bulunmadığına bakılarak karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁸³. Bize göre, malike verilen bu süreye idarenin mutlak şekilde riayet etmesi gereklidir. Aksi takdirde idari istikrar ve idarenin işlem ve eylemlerinin öngörülebilirliği gibi temel şeffaflık noktaları zedelenmiş olacaktır.

Belediye encümeni tarafından yıkım kararı verilebilmesi için yapının ruhsata bağlanıp bağlanmayacağı sorunu değerlendirilmelidir. Ruhsata bağlanması mümkün ise yıkım kararı verilmemelidir⁸⁴.

III. YIKIM KARARININ KONUSU

İmar Kanunu'nun 32. maddesine göre alınabilecek bir yıkım kararının ön şartı, ruhsat alınması zorunlu olan taşınmazın bir “yapı” niteliğinde olmasıdır.

2.4.2014, E. 2012/ 5384, K. 2014/ 4172, Yayınlanmamıştır.

⁸⁰ ERGEN/ BÖKE, s. 283.

⁸¹ ERGEN/ BÖKE, s. 283. ÖNGÖREN, Gürsel/ ÇOLAK, Nusret İlker, **İmar Planları, İmar Uygulamaları ve İptal Davaları**, http://www.ongoren.av.tr/pdf/IMAR_PLN_UYG_IPT.pdf, 12.10.2014, s. 140.

⁸² D14D., 24.6.2014, E. 2014/ 809, K. 2014/ 7007, Yayınlanmamıştır.

⁸³ D6D., 10.3.1993, E. 1992/ 358, K. 1993/ 956 in YASİN, s. 73

⁸⁴ D6D., 17.10.2001, E. 2000/ 3289, K. 2001/ 4767 in ERGEN/ BÖKE, s. 276.

Dolayısıyla ilk olarak ortaya konulması gereken husus, yapı kavramının tanımlanmasıdır. Çünkü yapı kavramının tanımlanması, aynı anda özel idari kolluk olarak imar kolluğunun kapsamını belirlemek anlamına gelecektir. İmar kolluğu kapsamında yürütülen denetim faaliyetlerinin uygulanacağı inşâ faaliyetlerin neler olup olmadığı yapı tanımıyla yakından ilgilidir⁸⁵.

Bir yapı hakkında yıkım kararı verilirken, idare öncelikli olarak söz konusu taşınmazın, imar hukuku anlamında “yapı” olup olmadığına baktıktan sonra, İmar Kanunu’nda sayılan istisnalar içerisinde yer alıp almadığını tetkik edip, özel mevzuatta (2981 sayılı İmar Affi Kanunu gibi) ayrıksı bir hüküm olup olmadığını inceleyerek yıkım kararı verip, uygulamaya koyacaktır⁸⁶.

Yapı somut bir inşaat faaliyetinden ibaret değildir. Yapının imar planıyla belirlenmiş imar düzeninde, idarenin imar kolluk yetkilerine bağlı olarak izni, gözetimi ve denetimi altında yapılması, kullanılması, tamir edilmesi, tadilat yapılması ve yıkılması ayrıntılı kurallara bağlanmıştır⁸⁷. Buna göre ilk olarak yapı kavramı, İmar Kanunu’nun 5. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: “Yapı; karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir”. İmar Kanunu’nun 5. maddesindeki tanıma, İmar Affi Kanunu’nun 4. maddesindeki tanım ilave edilmiştir. Bu tanıma “temel inşaatı tamamlanmış veya sömel betonları dökülmüş olmak şartıyla inşaatına

⁸⁵ ÇOLAK, s. 331. “...Bu durumda; işleme konu imalatların, İmar Kanunu’nda düzenlenen yapı tanımı kapsamında inşa edilip edilmediği ve niteliği saptanmak suretiyle ruhsat gerektirip gerektirmediği, söz konusu imalatların yapı kapsamına girmesi halinde İmar Kanunu uyarınca verilmesi gereken para cezasını (imalatların yapı sınıfı ve grubu, aykırılıktan etkilenen alan, artırım sebepleri her bir yapı için belirlenmeli) açıklığa kavuşturmak üzere, İdare Mahkemesince yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması ve sonucunda hazırlanacak rapor ve dosyadaki bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesi suretiyle yeniden karar verilmesi gerekmektedir” (D14D., 6.5.2014, E. 2012/ 4128, K. 2014/ 5161, Yayınlanmamıştır). D14D., 21.5.2014, E. 2012/ 1126, K. 2014/ 5915, Yayınlanmamıştır.

⁸⁶ D14D., 6.2.2014, E. 2012/ 5380, K. 2014/ 1872, Yayınlanmamıştır. D14D., 3.4.2014, E. 2012/ 3392, K. 2014/ 4314, Yayınlanmamıştır. D14D., 18.2.2014, E. 2012/ 6565, K. 2014/ 2249, Yayınlanmamıştır.

⁸⁷ YAŞAR, Hasan Nuri, **İmar Hukuku**, İstanbul 2008, s. 228. İK m. 21/ 3 hükmüne göre: “Ancak; derz, iç ve dış sıva, boya, badana, oluk, dere, doğrama, döşeme ve tavan kaplamaları, elektrik ve sıhhi tesisat tamirleri ile çatı onarımı ve kiremit aktarılması ve yönetmeliğe uygun olarak mahallin hususiyetine göre belediyelerce hazırlanacak imar yönetmeliklerinde belirtilecek taşıyıcı unsuru etkilemeyen diğer tadilatlar ve tamiratlar ruhsata tabi değildir” denilerek bu sayılanların ruhsat kapsamında olmadığı ifade edilmiştir. Danıştay ise kentsel sit alanı veya koruma alanı içinde kalan yerlerde tavanların MDF malzeme ile kaplanmasını yapı sayarak hakkında yıkım kararı verilebileceğini ifade etmiştir (D14D., 3.6.2014, E. 2012/ 2486, K. 2014/ 6392, Yayınlanmamıştır).

başlanmış olanlar” ibaresi de eklenmiştir. Bu tanıma binalar, köprüler, tünel, rıhtım, yol, telgraf, telefon, kanalizasyon, elektrik, havagazı ve doğalgaz tesisleri gibi yer altı ve yer üstü tesisleri ilave edilmiştir⁸⁸. Görüldüğü üzere yasa koyucu, yapı kavramını oldukça geniş tutmuştur. Buradaki gaye, kent ve kasabalarla, belediye sınırları içerisinde olsun olmasın bütün yapı faaliyetlerini, mümkün olduğu kadar denetim içerisine sokmaktır⁸⁹.

Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği⁹⁰ nin 63. maddesinde ise ; “Basit tamir ve tadiller ile korkuluk, pergole ve benzerlerinin yapımı ile bölme duvarı, bahçe duvarı, duvar kaplamaları, baca, saçak ve benzeri elamanların tamirleri ruhsata tabi değildir. Bunlardan iskele kurmayı gerektirenler için Belediyeye yazılı müracaat edilmesi zorunludur. Bu kapsamda kalmakla birlikte binanın ısı yalıtımını etkileyen işlemler yapılamaz.” şeklindeki düzenleme yer almaktadır⁹¹.

Fakat doktrinde yıkım kararının konusunun “yapı” değil; “bina” olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır. Örneğin, Ayanoğlu, yıkım kararının konusunu, “ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapı” değil, “ruhsata aykırı veya ruhsatsız bina” olarak belirlemiştir. Yazara göre, imar düzenine aykırılığın yıkım yoluyla giderilmesi noktasında kanun koyucunun yapı-bina ayrımı yapması gereksizdir. Bu nedenle bir yapının yıkım kararına konu olabilmesi için bina niteliğinde olması amaçsal yorum yöntemine göre şart değildir. Bina niteliğinde olmayan yapılar da yıkım kararına konu edilebilir⁹². Aksi yönde görüşü olan Yasin ise gerek özel hukukta gerekse de İmar Hukuku’nda, yapı

⁸⁸ “... yıkıma konu LPG dolun tesisinin, kanopinin (markiz), LPG yeraltı dolun tankının ve üzeri tellerle çevrili alanın, raylar üzerinde gidip gelen yıkama ünitesinin ve oto yıkama tesisinin yapı niteliğinde olduğu, ruhsata tabi olmayan basit tamir ve tadiller sınıfına girmediği, bu yapıların projelerinin onaylanması suretiyle ruhsata bağlanması gerektiği sonucuna varılmıştır” (D14D., 2.4.2014, E. 2012/ 8997, K. 2014/ 4170, Yayınlanmamıştır). Aynı yönde D14D., 11.6.2014, E. 2012/ 5779, K. 2014/ 6637, Yayınlanmamıştır.

⁸⁹ KALABALIK, Halil, **İmar Hukuku**, Ankara 2014, s. 476.

⁹⁰ RG., 2.11.1985, sy. 18916 mükerrer.

⁹¹ Ancak Danıştay, beton duvar, iki adet gölgelik, iki adet duş yeri, etrafi açık üstü kapalı lokanta olarak kullanılan ahşap ve profil demirden kamelya, iskele, gözetleme kulesi, beton çekek yerinin bu yönetmelik hükümleri kapsamında olmadığı ve anılan yapıların kıyı içerisinde olduğundan 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun’un Geçici 2. Maddesi gereğince koruma kapsamında sayılmayıp yıkımı gerektiren bir karar olduğunu ifade etmiştir (D14D., 29.5.2014, E. 2012/ 4255, K. 2014/ 6260, Yayınlanmamıştır). Aynı yönde D14D., 22.4.2014, E. 2012/ 5029, K. 2014/ 5082, Yayınlanmamıştır.

⁹² AYANOĞLU, Taner, **Yapı Hukukunun Genel Esasları**, İstanbul 2014, s. 427-428.

kavramının bina kavramından daha geniş anlam içerdiğini ifade etmiştir. Her bina yapı kabul edilebilir ise de; her yapı bina değildir. Bina, yapının özel bir şeklidir. Buna göre, hem yapı hem bina yıkım kararına konu edilebilir⁹³.

Özel hukukta ise doğrudan bir yapı tanımı yapılmamıştır. Buna mukabil eski Borçlar Kanunu'nun 58. maddesinin başlığı olan “*bina sahibinin sorumluluğu*” başlığı, yeni Borçlar Kanunu'nun 69. maddesinde “*yapı malikinin sorumluluğu*” olarak değiştirilmiştir.

Zevkliler'e göre yapı kavramı şu şekildedir: “*insanların ve hayvanların barınmasına, girip çıkmalarına ya da öteki gereksinimlerini gidermelerine yarayan ve yapay, çevreleri duvar ve benzeri şeylerle çevrilerek ortaya çıkarılan üstü az ya da çok örtülü olan, toprağa bağlı parçasına yapı denir*”⁹⁴.

Eren'e göre ise; “*bir eserin yapı olabilmesi için arza bağlı olması ve insan elinden çıkmış olması*” şarttır⁹⁵.

Yıldırım'a göre ise, yapı kavramı şu şekildedir: “*sadece ana yapılar değil, ana yapıya yapılan ekler, ana yapı üzerindeki değişiklikler, tamirler, ana yapıya bağlı tesisler, temel inşaatına başlanmış veya sömel betonu dökülmüş olmak kaydıyla başlamış inşaatlar da “yapı” olarak değerlendirilir*”⁹⁶.

Çolak ise yapı kavramını, *insan elinin ürünü olan, karada, yer altında veya su altında bulunabilen (havada bulunan tesislerin yapı olarak kabul edilmeyeceği ifade edilmiştir), sabit veya hareketli nitelikte olan, hususi yahut resmi amaçlarla inşa edilen, yapılaşma faaliyeti olan (başlangıç aşamasında, tesislerin tamamlanması sürecinde, tesislere ekler yapılması, değişiklikler yapılması gibi) eserler olarak tanımlamaktadır*⁹⁷.

Ayanoğlu ise yapı kavramını tanımlarken 3194 sayılı Kanundan hareketle, yapı kavramı için iki esaslı unsurun öngörüldüğünü bu unsurların ise; “inşaat” ve “tesisler” olduğunu ifade etmiştir. Yapı tanımına ait bu iki esaslı unsur arasında kavramsal bir ilişki olduğunu, inşaatın asli, tesislerin ise

⁹³ YASİN, s. 75. Aynı yönde ÇOLAK, Nusret İlker, **İmar Hukuku**, İstanbul 2010, s. 440-441. KALABALIK, s. 588-589. KULAK, s. 261. ERGEN/ BÖKE, s. 273-274.

⁹⁴ ZEVLİLER, Aydın, **İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat**, Ankara 1982, s. 136.

⁹⁵ EREN, Fikret, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri Semineri, **BATİDER**, Ankara 1996, s. 53.

⁹⁶ YILDIRIM, s. 54.

⁹⁷ ÇOLAK, s. 331-336.

tali derecede olduğunu belirtmiştir. Bu konuda Danıştay ise pergolenin⁹⁸ bina niteliğinde olup olmadığı konusunda aradığı ölçütleri belirlemiştir. Buna göre Danıştay, bir imalatın yapı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini: “...esaslı onarım ve değişiklik sonucunu doğuran ve bina görünümüne etki eden nitelikte olup olmadığı, kapalı alan oluşturup oluşturmadığı, bağımsız bölüm kazanımına yol açıp açmadığı, binanın statik durumunu etkileyip etkilemediği ve niteliği saptanmak suretiyle ruhsat gerektirip gerektirmediği hususlarını açıklığa kavuşturmak üzere, İdare Mahkemesince yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması ve sonucunda hazırlanacak rapor ve dosyadaki bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesi suretiyle karar verilmesi gerekirken, bu yola başvurulmaksızın yapı kapsamında olmayan pergolenin ruhsata tabi olmadığı gerekçesiyle davaya konu işlemin iptali yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir...”⁹⁹ şeklinde ifade etmiştir.

Buradan hareketle yapı kavramı, “herhangi bir eserin yapı sayılması için öncelikle inşaat özelliği taşıması gerekir. Tesisler ise ancak bir inşaat üzerinde gerçekleşen ve onunla bütünleşen ikincil unsurlardandır. Kanun koyucu, “yapı” kavramını fiziksel ve işlevsel bir bütün olarak ele almakta olduğundan, yapılan bir “inşaat” ile bu inşaatla özelliğine göre gerçekleştirilen ilave, değişiklik ve tamirleri kapsamına alan “tesisler”in oluşturduğu “bütün”ü yapı olarak tanımlamaktadır”¹⁰⁰ şeklinde tanımlanabilir.

Bir başka tanım ise: “mühendislik bilimi açısından yapı; kendi ağırlığından, üzerini etkileyen dış yüklerden ve kullanımından ortaya çıkan yükleri taşıyan ve zemine aktaran bir araçtır. Oluşturulan sistemin yapı olarak tanımlanabilmesi için; bütün yapı elemanlarının sonuçtaki birleşmiş şekli ve birbirleri ile ilişkisi, yapıyı etkilemesi beklenen çeşitli türdeki yükleri zemine aktaracak şekilde olmalıdır”¹⁰¹.

⁹⁸ (İtalyanca: Pergola) Belirli bir hat boyunca yanlarına sütun ya da direkler dikilerek sarmaşık bitkilerle donatılmış gölgeli yürüyüş yolu ya da geçittir, <http://tr.wikipedia.org/wiki/Pergola>, 9.3.2015.

⁹⁹ D14D., 21.9.2012, E. 2011/ 9232, K. 2012/ 5970, KİBB. DİDDK., 17.10.2008, E. 2005/ 400, K. 2008/ 1801, KİBB. Aynı yönde, “Dosyada yer alan belge ve görsel veriler incelendiğinde; işleme konu yapının, imar projesinde apartmanın ortak kullanım alanı olarak tahsis edilmiş alan üzerine yapıldığı, sözkonusu yapının ruhsata tabi yapı niteliğinde olduğu anlaşılmış olup; bu nedenle izinsiz ve ruhsatsız olarak yapılan yapının ruhsat ve eki imar projesine aykırı olması, yukarıda yer verilen hükümler uyarınca ruhsata tabi olmayan inşaat işleri kapsamında bulunmaması ve ruhsata bağlanmasına hukuken olanak bulunmaması nedeniyle 3194 sayılı Yasanın 32. maddesi uyarınca yıkımına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, aksi yöndeki temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir” (D14D., 16.4.2014, E. 2012/ 5082, K. 2014/ 4736, Yayınlanmamıştır).

¹⁰⁰ AYANOĞLU, s. 7 vd.

¹⁰¹ YILMAZ, Halil, **Türk Hukukunda Yapı Denetim Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu**,

İmar Kanunu'nun 21. maddesinde ise yapı ile ilgili olan hususlar belirtilirken “derz¹⁰², iç ve dış sıva, boya, badana, oluk, doğrama, döşeme ve tavan kaplamaları, elektrik ve sıhhi tesisat onarımları ile çatı onarımı, kiremit aktarılması ve belediyelerce belirlenecek benzeri onarım ve değişikliklerin ruhsata tabi olmadığı vurgulanmıştır. Bu ibareden de anlaşıldığı üzere sayılan hususlar, yapı olarak kabul edildiği, fakat ruhsata konu yapılmadığı ifade edilmiştir. Bu başlık altında baz istasyonlarının yapı olarak sayılıp sayılmayacağı tartışması olmuş ve Danıştay müstakar kararları ile baz istasyonlarını yapı olarak değerlendirmiştir. Buna istinaden, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun ek 35. maddesinde yer alan; “Elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan direk, kule, kulübe, konteynir, anten, dalga kılavuzu, enerji nakil hattı, alt yapı niteliğindeki tesisler gibi her türlü taşınır, taşınmaz mal ve teçhizat, kanun hükümlerine ve Kurum tarafından çıkarılan yönetmeliklere uygun olarak kurulmak ve Kurumdan gerekli izin, ruhsat veya sertifikaları almak şartıyla, 3194 sayılı İmar Kanunu ve İmar Kanununa dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde belirtilen yapı ruhsatıyesine ve yapı kullanma iznine tabi değildir.” düzenlemesi, 08.01.2010 günlü tarih ve 27556 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesi’nin E:2006/129, K:2009/121 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Bu durumdan sonra Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararından önceki döneme ilişkin olarak yapılan baz istasyonlarının yapı olarak sayılıp sayılmayacağı tartışması doğmuştur. Yukarıda yer alan mevzuat hükümlerinin, Anayasa Mahkemesi kararı ile birlikte değerlendirilmesinden; iletişim hizmeti veren GSM şirketlerinin 5809 sayılı Kanun hükümleri uyarınca, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’ndan aldığı izin, ruhsat veya sertifikaların; sabit telekomünikasyon cihazlarının kurulması ve işletilmesi esnasında, ortamda oluşan elektromanyetik alan şiddetinin limit değerlerine uygunluğunun belirlenmesi, ölçüm yöntemleri ve denetlenmesine yönelik olduğu, izin, ruhsat veya sertifikaların, İmar Kanunu uyarınca alınması zorunlu olan yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesinden muafiyet sağlamayacağı, dolayısıyla; GSM şirketlerinin de sabit elektronik

Ankara 2008, s. 161. Danıştay vermiş olduğu yeni tarihli bir kararında “sundurma”nın ruhsata tabi bir yapı olup olmadığı konusunu tartışırken bu tanıma benzer nitelikte bir tanım yapmıştır: “...sundurmanın anılan düzenlemeler uyarınca ruhsata tabi olmadığı kabul edilebilmesi için genel olarak İmar Kanunu’nda düzenlenen yapı tanımı kapsamında inşa edilmemiş, dolayısıyla kapalı alan oluşturmayacak şekilde, güneş ve yağmurdan korunma amacına yönelik olarak ve taşıyıcı unsuru etkilemeyecek nitelikte yapılmış olması gerekmektedir” (D14D., 12.3.2014, E. 2012/ 7259, K. 2014/ 3325, Yayımlanmamıştır).

¹⁰²“ Duvar taşlarının veya tuğlalarının harçla doldurulup üzerinden mala çekilerek düzeltilen aralığı” http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.546b051dd1aea0.83858237, 18.11.2014.

haberleşme cihazlarının kurulabilmesi için, yapı niteliği taşıması şartıyla, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesi alma zorunluluğunun bulunduğu anlaşılmakta olup, bu nedenle, Anayasa Mahkemesi kararının yürürlüğe girdiği tarihten önce ilgili kurumdan alınan sertifika ile kurulumu tamamlanmış yapı niteliğini haiz baz istasyonları için inşaat ruhsatı hususunda kazanılmış hakkının söz konusu olmayacağı Danıştay tarafından ifade edilmiştir¹⁰³.

Baz istasyonlarının yapı olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi kapsamında Danıştay, yukarıda belirtildiği gibi pergoleyi/ verandayı¹⁰⁴ yapı saymamış, fakat prefabrikte şekilde inşa edilen yemekhaneyi yapı sayıp, yıkım kararına konu etmiştir¹⁰⁵. 2863 sayılı Kanun kapsamında olan bir binada ise profil destekler üzerinde eternit kaplamalı inşanın yapı niteliğinde olduğunu kararlaştırmıştır¹⁰⁶.

İmar Kanunu'nun 21. maddesinin devamı niteliğinde olan bir diğer husus da yapı üzerinde yapılan ancak esaslı nitelikte olmayan değişikliklerin yıkıma konu olup olmayacakları sorunudur. Hangi değişikliklerin esaslı, hangilerinin tali nitelikte olduğu vakaya göre değişkenlik arz etse de; yıkım kararının konu unsuru veya sınırının çizilmesi bakımından tespiti son derece önemlidir. Bu husustaki somut düzenleme, mülga 2.11.1985 tarih ve 18916 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Plânlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği'nin 16 / 23. maddesinde yapılmıştır. Buna göre: "Basit tamir ve tadil: Yapılarda derz, iç ve dış sıva, boya, badana, oluk dere, doğrama, döşeme ve tavan kaplamaları, elektrik ve sıhhi tesisat tamirleri ile çatı onarımı ve kiremit aktarılması işlemleri olarak tanımlanmış"; maddenin 24 üncü fıkrasında ise, "Esaslı Tadilat: Yapılarda taşıyıcı unsuru etkileyen ve/veya inşaat alanını ve ruhsat eki projelerini değiştiren işlemler" olarak açıklanmış ve esaslı tadilin ruhsata tabi olduğu kuralına yer verilmiştir. İmar hukukunda esaslı nitelikte olmayan eksiklikler, "kabili tecviz hata" olarak tanımlanmış ve yıkım kararının konusu dışında kalmaları gerektiği ifade edilmiştir¹⁰⁷. Danıştay, yıkım kararı verilebilmesi için aykırılığın esaslı olup olmadığının

¹⁰³ D14D., 21.4.2014, E. 2013/ 2160, K. 2014/ 4985, Yayımlanmamıştır.

¹⁰⁴ D14D., 20.5.2014, E. 2012/ 3641, K. 2014/ 5824, Yayımlanmamıştır.

¹⁰⁵ D14D., 16.4.2014, E. 2012/ 894, K. 2014/ 4767, Yayımlanmamıştır. "... ruhsatlı eğitim tesisi olarak faaliyette bulunan taşınmazın mütemmim cüzü olan halı saha için ayrıca ruhsat alınmasına gerek olmadığı gerekçesiyle iptal kararı verilmiş ise de; yukarıda içeriği yer alan Yasa kurallarına göre, halı sahanın ruhsata tabi yapı niteliği taşıdığı, bu nedenle ruhsat alınarak inşa edilmesi gerektiği..." D14D., 24.3.2014, E. 2012/ 765, K. 2014/ 3867, Yayımlanmamıştır.

¹⁰⁶ D14D., 20.2.2014, E. 2012/ 4575, K. 2014/ 2360, Yayımlanmamıştır.

¹⁰⁷ YASİN, s. 100.

tespitini şart koşmuş, esaslı olmayan hatalar için yıkım kararı verilmemesini gerektiğini ifade etmiştir¹⁰⁸.

Burada ortaya konulması gereken temel hususlardan birisi de resmi yapı-özel yapı ayrımıdır. Resmi bina, Planlı Alanlar Tip Yönetmeliği¹⁰⁹'nin 15/ II-20. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, resmi bina: “*Genel, katma ve özel bütçeli idarelerle, il özel idaresi ve belediye’ye veya bu kurumlarca sermayesinin yarısından fazlası karşılanan kurumlara, kanunla veya kanunun verdiği yetki ile kurulmuş kamu tüzel kişilerine ait bina ve tesislerdir*”¹¹⁰ şeklinde tanımlanmıştır. Devamındaki fıkrada ise “umumi bina” tanımına yer verilmiştir. Buna göre umumi bina: “*Kamu hizmeti için kullanılan resmi binalarla ibadet yerleri, özel eğitim, özel sağlık tesisleri, sinema, tiyatro, opera, müze, kütüphane, konferans salonu gibi kültürel binalar ile gazino, düğün salonu gibi eğlence yapıları, otel, özel yurt, işhanı, büro, pasaj, çarşı gibi ticari yapılar, spor tesisleri, genel otopark ve buna benzer umuma ait binalardır*” şeklinde belirlenebilir. Bir yapının resmi veya umumi nitelikte olup olmaması, onun özellikle planlamasının yapılmasında, yapı denetimi ve ceza hukuku anlamında kamu malına verilecek zararın tabi olacağı yaptırımlar konusunda önem arz etmektedir.

Yıkım kararının konusunu oluşturan taşınmazlar belirtilirken dikkat edilmesi gereken temel hususlardan bir diğeri de, taşınmazın 2981 sayılı İmar Affı Kanunu kapsamı içerisinde olup olmaması durumudur. 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun’un 1. maddesinde, bu Kanunun amacının; imar ve gecekondu mevzuatına aykırı olarak inşa edilmiş ve inşa halindeki bütün yapılar hakkında uygulanacak işlemleri düzenlemek ve bu işlemlere dair müracaat, tespit, değerlendirme, uygulama ve duyuru esaslarını ve ilgili diğer hususları belirlemek olduğu açıklanmıştır¹¹¹.

¹⁰⁸ D14D., 27.2.2014, E. 2013/ 9488, K. 2014/ 2772, Yayımlanmamıştır. D6D., 3.5.1994, E. 1993/ 3323, K. 1994/ 1794, **KİBB**. D6D., 19.10.2010, E. 2008/ 13096, K. 2010/ 9533, **KİBB**.

¹⁰⁹ RG., 2.11.1985, sy. 18916 mükerrer.

¹¹⁰ Vakıf üniversiteleri, idare hukuku anlamında kanunla kurulan kamu tüzel kişilikleri olmalarına rağmen, Danıştay önceki tarihli kararlarında vakıf üniversitelerine ait arazilerin resmi yapı hüviyetinde olmadığına karar vermiştir (D1D., 6.3.1996, E. 1996/ 48, K. 1996/ 51, **KİBB**). Fakat Danıştay, daha sonraki bir kararlarında ise imar planında “vakıf üniversitesi” olarak yer ayrılmasına ilişkin olarak açılan iptal davalarında vakıf üniversitelerine ait binaların AY m. 130 kapsamında resmi bina olduklarını karara bağlamıştır (D6D. 7.12.1999, E. 1998/ 2072, K. 1999/ 6209, **KİBB**, aynı yönde DİDDK, 16.6.2005, E. 2003/ 329, K. 2005/ 2153, **KİBB**).

¹¹¹ D14D., 24.3.2014, E. 2012/ 5911, K. 2014/ 3892, Yayımlanmamıştır.

Belediye ve mücavir alanlar dışında köylerin köy yerleşik alanlarında, civarında ve mezralarda yapılacak konut, entegre tesis niteliğinde olmayan ve imar planı gerektirmeyen tarım ve hayvancılık amaçlı yapılar ile köyde oturanların ihtiyaçlarını karşılayacak bakkal, manav, berber, köy fırını, köy kahvesi, köy lokantası, tanıtım ve teşhir büfeleri ve köy halkı tarafından kurulan ve işletilen kooperatiflerin işletme binası gibi yapılar için yapı ruhsatı aranmaz. Ancak etüt ve projelerinin valilikçe incelenmesi, muhtarlıktan yazılı izin alınması ve bu yapıların yöresel doku ve mimari özelliklere, fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun olması zorunludur. Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 57. maddesinde; "Köy ve mezraların yerleşik alanlarında ve civarında sadece köy nüfusuna kayıtlı ve köyde sürekli oturanlarca yapılacak konut, tarım ve hayvancılık amaçlı yapılar ile müstemilat binaları yapı ruhsatı ve yapı kullanma iznine tabi değildir. Ancak, yapı projelerinin fen ve sağlık kurallarına uygun olduğuna dair valilik görüşü alınmasından sonra, muhtarlıkça izin verilmesi ve bu izne uygun olarak yapının yapılması şarttır." hükmü, 58. maddesinde ; "57 nci maddede sayılanlar dışında kalan yapılar ile köy nüfusuna kayıtlı olmayan, köyde sürekli oturmayanlar ve köy nüfusuna kayıtlı olmakla birlikte köyde sürekli oturmayanlar tarafından yapılacak tüm yapılar, yapı ruhsatı ve yapı kullanma iznine tabidir. Yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni valiliklerce düzenlenir. Bu kapsamda kalan yapılarda ruhsat, proje, fenni mesuliyet ve sürveyanlık hizmetleri hakkında 3030 sayılı Kanun Kapsamında Kalan Belediyeler Tip İmar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin ilgili hükümlerine uyulur." hükmü, 64. maddesinde ise; İskân dışı alanlarda yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni, yapının niteliğine göre "3030 sayılı Kanun Kapsamı Dışında Kalan Belediyeler Tip İmar Yönetmeliğinin" Yapı Ruhsat İşleri başlıklı bölümünde yer alan hükümlere uygun olarak ilgili idarece verilir." hükmü yer almıştır. Bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden; yerleşik alan tespiti yapılmış köylerde yapılacak konut, tarım, hayvancılık amaçlı yapılar ve müstemilat binalarının ancak valilik görüşü alınmasından sonra muhtarlıkça izin verilmesi ve bu izne uygun olarak yapılması koşuluyla yapı ruhsatı ve yapı kullanma iznine tabi olmadığı, iskân dışı alanlarda yapılan yapıların ise yapı ruhsatına tabi olduğu anlaşılmaktadır¹¹².

¹¹² "...davacının hisseli olarak mülkiyetinde bulunan taşınmaz üzerinde yapılan yapıların bulunduğu alanın, köy yerleşik alanında bulunup bulunmadığı hususu dava dosyasında yer alan bilgi ve belgelerden anlaşılammakta ise de, söz konusu yapıların köy yerleşik alanında bulunması durumunda, 3194 sayılı Kanun'un 27. maddesi ile Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 57. maddesinde aranan, valilik görüşü ile muhtarlık izninin olmaması, iskan dışı alanda bulunması durumunda ise Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 64.

IV. YIKIM KARARININ SEBEP UNSURU

Yıkım kararının sebep unsuru 32. maddede: ” ...ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı...” şeklinde ifade edilmiştir. Bu durumda geçerli bir yıkım kararı verilebilmesi için idare açısından “bağlı yetki” kuralının geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Maddenin yukarıda zikredilen ibaresinden çıkartılan sebebe dair hususlar genel olarak şu şekilde sıralanabilir¹¹³:

- Ruhsatsız başlanan yapıyı tamamlanmamış veya tamamlanmakla birlikte yapı kullanma izni alınmamış yapı,
- Ruhsatlı başlanmış olmakla birlikte ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapımına devam edilen ve yapıyı bitmemiş yapı,
- Ruhsatlı yapılmış ve yapı kullanma izni alınmış ya da tadilat ruhsatı alınmasına rağmen ilave, değişiklik ve tamiratların bu ruhsata aykırı olarak yapılmasıdır.

Yetkili merciler tarafından verilecek yıkım kararından önce ilgili otoritelerce “yıkım sebebi”nin gösterilmesi zorunludur¹¹⁴. Geçerli bir yıkım

maddesi uyarınca yapı ruhsatına tabi olması nedeniyle, ruhsatsız olan, ruhsata bağlanması mümkün olmayan ve muhtarlık izni ile valilik görüşü bulunmayan yapıların 07.04.2011 tarihli ve 13.06.2011 tarihli tutanaklarla usulüne uygun şekilde tespiti sonrasında tesis edilen işlemde bu yönüyle de hukuka aykırılık bulunmamaktadır” (D14D., 18.3.2014, E. 2012/ 4938, K. 2014/ 3647, Yayınlanmamıştır). Aynı yönde D14D., 13.5.2014, E. 2012/ 4245, K. 2014/ 5527, Yayınlanmamıştır. D14D., 13.2.2014, E. 2012/ 2905, K. 2014/ 2109, Yayınlanmamıştır. D14D., 8.5.2014, E. 2012/ 6942, K. 2014/ 5408, Yayınlanmamıştır. “davacı tarafından inşa edilen yapının bulunduğu parselin Türkeli İlçesi, Kuz Köyü’ne ait köy yerleşik alan sınırları dışında olduğu dikkate alındığında, davacının söz konusu parselde inşa etmiş olduğu yapının, yukarıda yer verilen Plansız Alanlar Yönetmeliği’nin 58. maddesinde belirtilen kurallar gereğince ve 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 32. maddesi hükümlerine göre yapı ruhsatı almasının zorunlu olduğu görülmektedir” (D14D., 15.5.2014, E. 2012/ 4112, K. 2014/ 5655, Yayınlanmamıştır). D14D., 9.4.2014, E. 2012/ 3352, K. 2014/ 4456, Yayınlanmamıştır.

¹¹³ AYANOĞLU, s. 359.

¹¹⁴ “...dava konusu işlemin dayanağı 6.9.2010 günlü yapı tatil tutanağı ile, işleme konu yapıda ruhsat ve eklerine aykırı kısımların niteliğine ilişkin, aykırılıkları açık ve somut olarak ortaya koyan belirlemelere, verilere yer verilmeden, yapının 1. ve 2. bodrum katlarının ruhsatına uygun kullanılmadığının tespit edilerek, bu tespite dayalı olarak yapının yıkımına ilişkin encümen kararının alındığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, dava konusu yıkım işleminin “yapıya” yönelik olarak tesis edilmesi ve ruhsatsız ve/veya ruhsata aykırı yapı nedeniyle imalatı yapmayan yapı sahibi, kiracısı veya bu kişilerin dışında yapı ile ilgisi bulunmayan kişi adına işlem tesis edilmesinin, işlemi sadece bu nedenle sakatlamayacağı açık ise de, 3194 sayılı Yasaya uygun düzenlenmeyen tutanağa dayalı olarak tesis edilen dava konusu encümen kararında hukuka uyarlık bulunmadığından, işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmemiştir” (D14D., 7.5.2014, E. 2012/ 387, K.

kararından söz edilebilmesi için, sadece nihai yıkım kararında değil, yıkım kararının mesnedini oluşturan yapı tatil tutanağında da yıkıma sebep teşkil eden hususlara açıklık getirilmesi gerekmektedir. Yapı tatil tutanağı tanzim edilirken, binanın mevcut durumu, ruhsat ve aykırılıkların neler olduğu inşaatın “o andaki durumu”nun somut ve ayrıntılı bir biçimde belirlenmesi, yıkım işleminin sebep unsurunun gerçekleşmesi açısından şarttır¹¹⁵. Buradaki “somut” kelimesinden anlaşılması gereken temel kavram, aykırılığın teknik olarak kroki biçiminde açıklanması ve aykırılığın yüzölçümü ile metrekaresi olarak ifade edilmesidir¹¹⁶. Çünkü yapı tatil tutanağının belirsiz ifadelerle düzenlenmiş olması, nihai yıkım kararının istinad ettiği hususları belirsiz bırakacak ve idari işlem sebep unsuru bakımından sakat hale gelecektir. Bunların yanı sıra mimari projeye aykırılıkların da belirtilmiş olması gerekmektedir¹¹⁷.

V. REZERV YAPILAR, RİSKLİ YAPILAR VE BU YAPILAR ÜZERİNDEKİ YIKIM UYGULAMALARI

Son zamanlarda imar hukukuna ilişkin en güncel başlıklardan bir tanesi de kentsel dönüşüm kavramıdır. Özellikle Türkiye'nin fiziki açıdan büyük bir kısmının deprem, tabii afetler veya diğer etkenlerden dolayı tehdit altında olması; bunların dışında da oldukça çarpık kentleşmiş olmasından kaynaklı olarak yasa koyucu tarafından var olan kentleşme sorunlarına kısa ve etkili bir çözüm geliştirebilmek için bir takım “operasyonel” nitelikte düzenlemeler yapılmıştır. Bu konuda yapılan 31.5.2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, başta temel haklardan olan mülkiyet hakkı bakımından anayasa hukuku, düzenleme yetkisi ve sınırlar bakımından idare hukuku, sınırlı aynı hak tesisi ve sair hükümlerden dolayı da medeni hukuk açısından tartışmalı olan bir kanun niteliğindedir. Türkiye gibi dinamik bir ülkede var olan hukuk sisteminin de eksiklikleri (yargılama süreçlerinin yavaşlığı, yargılama maliyeti vs) dikkate alındığında bu sorunun daha pratik yasalarla çözümlenmek istenmesi doğaldır. Ancak

2014/ 5245, Yayınlanmamıştır. Aynı yönde D6D., 16.4.2008, E. 2007/ 8640, K. 2008/ 2358, KİBB. D14D., 16.4.2014, E. 2012/ 4400, K. 2014/ 4743, Yayınlanmamıştır.

¹¹⁵ D14D., 1.6.2011, E. 2011/ 5192, K. 2011/ 5, KİBB. D14D., 22.4.2014, E. 2012/ 4904, K. 2014/ 5094, Yayınlanmamıştır. D14D., 13.5.2014, E. 2012/ 283, K. 2014/ 5510, Yayınlanmamıştır. D14D., 16.4.2014, E. 2012/ 894, K. 2014/ 4767, Yayınlanmamıştır.

¹¹⁶ D14D., 5.2.2014, E. 2012/ 6559, K. 2014/ 1609, Yayınlanmamıştır. D14D., 5.2.2014, E. 2012/ 6767, K. 2014/ 1611, Yayınlanmamıştır. D14D., 5.2.2014, E. 2012/ 6345, K. 2014/ 1608, Yayınlanmamıştır.

¹¹⁷ D14D., 3.7.2014, E. 2012/ 3953, K. 2014/ 73119, Yayınlanmamıştır.

çözüm bulunurken kamu yararı ile bireysel yarar ve aynı zamanda temel hak olan mülkiyet hakkı arasında ölçülü bir yaklaşım sergilemek idarenin yükümlülüğüdür¹¹⁸.

A. REZERV ALANLAR VE REZERV YAPILAR

6306 SK m. 2/ c maddesinde, Rezerv yapı alanı; “Bu Kanun uyarınca gerçekleştirilecek uygulamalarda **yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere**, TOKİ’nin veya İdarenin (Büyükşehir Belediyesi/ Belediye/ İl Özel İdaresi) talebine bağlı olarak veya resen, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Bakanlıkça (Çevre ve Şehircilik Bakanlığı-ÇŞB) belirlenen alanları” olarak tanımlanmıştır.

Bir yerin rezerv yapı alanı olarak belirlenmesi, idari işleyiş süreci içerisinde şu şekilde cereyan etmektedir¹¹⁹:

1. ÇŞB, re’sen yahut TOKİ, Büyükşehir Belediyeleri, Klasik Belediyeler veya İl Özel İdaresi’nin başvurusu ile veyahut da malik/ maliklerin başvurusu üzerine¹²⁰ bu başvuruyu değerlendirip olumlu kanaate ulaşırsa rezerv yapı alanı olarak öngörülen yer ile ilgili olarak bir dosya hazırlar¹²¹,

2. Maliye Bakanlığı’ndan 30 (otuz) gün içerisinde verilmek üzere uygunluk görüşü istenir,

¹¹⁸ Kanunun eleştirisi hakkında daha detaylı bir değerlendirme için bkz. ŞAHİN, Cenk, “**Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanuna Yönelik Bazı Eleştiriler**”, in Kentsel Dönüşüm Hukuku, Edit. ŞAHİN, Melikşah/ ŞAHİN, Cenk, İstanbul 2013, s. 49 vd.

¹¹⁹ OY, Osman, **Kentsel Dönüşüm Kapsamında Rezerv Yapı Alanı-Riskli Alan ve Riskli Yapılar**, İstanbul 2014, s. 65 vd.

¹²⁰ “Gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerince, birinci fıkrada belirtilen bilgi ve belgeleri ihtiva eden dosyaya istinaden Bakanlıktan rezerv yapı alanı belirlenmesi talebinde bulunabilir. Gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerince rezerv yapı alanı belirlenmesi talebinde bulunulabilmesi için; bu talebin, talebe konu taşınmazların maliklerinin tamamının muvafakati ile yapılması ve bu taşınmazların yüzölçümlerinin yüzde yirmibeşinin mülkiyetinin, geliri dönüşüm projeleri özel hesabına gelir olarak kaydedilmek üzere, Bakanlığın uygun gördüğü, bağlı veya ilgili kuruluşuna veyahut da İdareye veya TOKİ’ye devrine muvafakat edilmesi gerekir” (6306 Sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği m. 4/2-c).

¹²¹ Bir yerin rezerv yapı alanı olarak ilan edilmesi talep ediliyor ise talep edenin ÇŞB olması halinde ÇŞB tarafından; değil ise başvuru BŞB, Belediye veya İl Özel İdaresi tarafından bir dosya hazırlanması zorunluluktur. Hazırlanan dosyanın muhtevasında ise: alanda bulunan kamuya ait binaların listesi, alanın büyüklüğünü de içeren koordinatlı halihazır harita, uyu görüntüsü veya ortofoto haritası olmak zorundadır (OY/ NAZİK, s. 66 vd). Riskli alanlarda, rezerv yapı alanlarında ve riskli yapılarda Kanun kapsamında öncelikle maliklerce uygulama yapılması esastır. Kanun kapsamında yapılacak bu uygulamalara ilişkin iş ve işlemlerde ilgili kurum maliklere yardımcı olmakla yükümlüdür (6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği m. 15/1).

3. Görüşün ardından dosya, Bakanlar Kurulu'na gönderilir. Eğer Bakanlar Kurulu talebi uygun görürse alanın, rezerv yapı alanı olarak ilan edilmesine karar verir.

Rezerv yapı alanlarında, kanunun amacı çerçevesinde fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek ve Kanunda öngörülen amaçlar çerçevesinde kullanılmak üzere;

a) Riskli alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapılarda ikamet edenlerin nakledileceği rezerv konut ve işyerleri,

b) Riskli alanlarda ve bu alanlar dışındaki riskli yapılarda ikamet etmeyen kişilere satışı yapılabilecek her türlü yapı ile gelir ve hasılat getirecek her türlü uygulama, yapılabilir ve bu alanlar yeni yerleşim alanı olarak kullanılabilir¹²².

Eğer bir yer rezerv yapı alanı olarak ilan edilir ise bu alan üzerindeki taşınmazlara ilişkin her tür ve ölçekteki planı resen yapmaya, yaptırmaya ve onaylamaya ÇŞB yetkilidir¹²³.

B. RİSKLİ ALANLAR VE RİSKLİ YAPILAR

1. Kavram ve Yasal Çerçeve

Riskli alan kavramı, 6306 sayılı Kanununun 2/ ç maddesinde, “zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Bakanlık¹²⁴ veya İdare¹²⁵ tarafından Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı'nın görüşü de alınarak belirlenen ve Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kararlaştırılan alanı” ifade eder. Riskli yapı kavramı ise (m. 2/ d); “riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapıyı” ifade etmektedir.

Riskli alan ve yapının nasıl tespit edileceği ile sürecin nasıl ilerleyeceğine ilişkin temel hususlar, 6306 sayılı Kanuna İstinaden Çıkarılan Uygulama Yönetmeliği ile ayrıntılı bir biçimde izah edilmiştir¹²⁶. Buna göre:

¹²² 6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği m. 4/ 4, RG, sy. 28498, 15.12.2012.

¹²³ 6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği m. 18/2-a ve b.

¹²⁴ Bakanlık'tan kasıt, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'dır. (6306 SK m. 2/ a)

¹²⁵ İdare'den kasıt ise “Belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeleri, bu sınırlar dışında il özel idarelerini, büyükşehirlerde büyükşehir belediyelerini ve Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerini” ifade eder.(6306 SK m. 2/ b)

¹²⁶ 6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, RG, sy. 28498, 15.12.2012.

1. Riskli alan olarak ilan edilecek bölgenin en az 15.000 metrekare olması şarttır. Ancak ÇŞB, gerekli görür ise bu oranın altındaki bir yeri de riskli alan ilan edebilir.

2. Bir yerin riskli alan olarak ilan edilebilmesi ancak ÇŞB tarafından re'sen, TOKİ veya ilgili belediyeler veya il özel idareleri tarafından yahut da taşınmazın malik veya maliklerince yapılacak şahsi başvuru ile mümkündür. Eğer alan malik/ maliklerce riskli alan edilmesi isteniyorsa veya TOKİ yahut da ilgili il özel idareleri ve belediyelerce riskli alan ilan edilmesi talepli ise mutlaka Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı'ndan (AFAD) 15 gün içerisinde görüş alınması gerekmektedir. AFAD'tan görüş alınması hem ÇŞB hem de diğer muhatapları açısından mutlak bir zorunluluktur.

3. Başvuru ister ÇŞB isterse de diğer muhataplarınca yapılsın mutlaka aşağıdaki bilgi ve belgelerin bulunması gerekmektedir:

a) Alanın, zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıdığına dair teknik raporu,

b) Alanda daha önceden meydana gelmiş afetler varsa, bunlara dair bilgiler,

c) Alanın büyüklüğünü de içeren koordinatlı sınırlandırma haritasın, varsa uygulama imar planın,

ç) Alanda bulunan kamuya ait taşınmazların listesi,

d) Alanın uydu görüntüsünü veya ortofoto¹²⁷ haritası,

e) Zemin yapısı sebebiyle riskli alan olarak tespit edilmek istenilmesi halinde yerbilimsel etüd raporu,

f) Alanın özelliğine göre Bakanlıkça istenecek sair bilgi ve belgeler,

4. Bu şartlar tamam ise ÇŞB kararı ve Bakanlar Kurulu onayı ile riskli alan ilanına karar verilir.

Riskli yapılar, ÇŞB tarafından, Büyükşehir Belediyeleri, Klasik Belediyeler veya İl Özel İdareleri tarafından yahut da Bakanlık tarafından lisanslandırılmış diğer kuruluşlar¹²⁸ tarafından tespit edilir.

¹²⁷ Ortofoto Harita, üzerine harita kenar bilgileri, gridler, eş yükseklik eğrileri, yer ve mevki isimleri ve benzeri kartografik bilgilerin eklendiği ortofoto görüntülere verilen isimdir. http://tr.wikipedia.org/wiki/Ortofoto_harita, 22.3.2015.

¹²⁸ 1) Kamu kurum ve kuruluşları,
2) Üniversiteler,

Riskli yapı kavramının konusunun ne olduğu yönetmelikte tanımlanmıştır. Buna göre, kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan yapılar ile hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar hakkında yapılır. İnşaat halinde olup ikamet edilmeyen yapılar ile metruk olması veya bir kısmının yıkılması sebepleriyle yapı bütünlüğü bozulmuş olan yapılar riskli yapı tespitine konu edilmez.

Riskli yapı tespitine ilişkin raporların bir örneği, tespit tarihinden itibaren en geç on iş günü içinde, tespiti yapan idarece veya lisanslandırılmış kurum veya kuruluşça, tespite konu yapının bulunduğu ildeki Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü'ne gönderilir. Raporlar Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü'nce incelenir ve herhangi bir eksiklik tespit edilmesi halinde gerekli düzeltmeler yapılmak üzere raporu düzenleyen kurum veya kuruluşça iade edilir. Yapılan incelemede raporlarda herhangi bir eksiklik yok ise, riskli yapılar, müdürlükçe en geç on iş günü içinde, tapu kütüğünün beyanlar hanesinde belirtilmek üzere, ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Müdürlükçe veya riskli yapı tespitine karşı yapılan itirazı inceleyen teknik heyetçe, riskli yapı tespit raporunda tespit edilen eksikliklerin tamamının, raporu düzenleyen kurum veya kuruluşça bildirildiği tarihten itibaren otuz gün içinde düzeltilmesi ve raporun müdürlüğe sunulması zorunludur.

İlgili tapu müdürlüğüne, tapu kütüğüne işlenen belirtmeler, riskli yapı tespitine karşı tebligat tarihinden itibaren on beş gün içinde riskli yapının bulunduğu yerdeki Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü'ne itiraz edilebileceği, aksi takdirde idarece verilecek süre içinde riskli yapının yıktırılması gerektiği de belirtilmek suretiyle, aynî ve şahsî hak sahiplerine 7201 sayılı Tebligat Kanununa göre tebliğ edilir ve yapılan bu tebligat yazılı olarak veya elektronik ortamda Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü'ne bildirilir. Tapuda kayıtlı malikin ölmüş olması hâlinde, Bakanlık veya Müdürlük tebligat işlemleri için Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre mirasçılık belgesi çıkartmaya yetkilidir.

3) Sermayesinin en az yüzde kırkı kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan şirketler,

4) Depremden korunma, deprem zararlarının azaltılması ve deprem mühendisliğinin gelişmesine katkıda bulunmak gibi konularda faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşları,

5) 29/6/2001 tarihli ve 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanuna göre Bakanlıktan izin belgesi almış yapı denetimi kuruluşları ile laboratuvar kuruluşları,

6) 27/1/1954 tarihli ve 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu uyarınca, inşaat, jeoloji ve jeofizik mühendisleri odalarına büro tescilini yaptırmış kurum ve kuruluşlar (Yön. m. 6/ 1-c).

Riskli yapı tespitine karşı malikler veya kanunî temsilcileri tarafından on beş gün içinde riskli yapının bulunduğu yerdeki Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü'ne verilecek bir dilekçe ile itiraz edilebilir.

Riskli yapının bulunduğu ilde itirazı değerlendirecek teknik heyetin teşkil edilmemiş olması halinde, itiraz dilekçeleri ile itiraz edilen tespiti ilişkin raporlar, riskli yapının bulunduğu yerdeki müdürlükçe, o il için yetkilendirilmiş teknik heyetin bulunduğu ildeki müdürlüğe gönderilir. Riskli yapı tespitlerine karşı yapılacak itirazları değerlendirmek üzere, ihtiyaca göre Bakanlıkça gerekli görülen yerlerde yeteri kadar teknik heyet teşkil edilir. Teşkil olunacak her bir teknik heyet için; yükseköğretim kurumlarından ilgili meslek alanlarında, en az yardımcı doçentlik kadrosuna atanmış öğretim üyeleri arasından, üniversite rektörlerince belirlenecek dört adet asıl ve dört adet yedek üyenin bilgileri talep olunur. Öğretim üyelerine ilişkin bilgiler, talep tarihinden itibaren en geç on beş gün içerisinde Bakanlığa bildirilir. Teknik heyet, üniversitelerden bildirilen dört üye ile en az ikisi inşaat mühendisi olmak üzere, Bakanlık teşkilâtında görev yapan üç üyenin iştiraki ile yedekleri ile birlikte yedi üyeli olarak teşkil ettirilir. Bakanlıkça iki yılda bir ocak ayında teknik heyet üyelikleri yenilenir. Yeni üyeler görevlendirilinceye kadar mevcut üyeler görevine devam eder. Görev süresi dolan üye tekrar görevlendirilebilir¹²⁹. Teknik heyet, itiraz dilekçesinde gösterilen itiraz sebebi ile bağlı olmaksızın riskli yapı tespit raporunun Kanuna ve kanuna uygun çıkartılan yönetmeliğe uygun olarak hazırlanıp hazırlanmadığını inceler. Teknik heyet toplantısı sonunda alınan kararlar, gerekçeleri belirtilerek yazılır, başkan ve üyelerce imzalanır. Kararlar Bakanlığa, tespiti yapan veya yaptıran idareye ve itiraz edene bildirilir.

¹²⁹ Yön. m. 10: “1) Teknik heyetin ilk toplantısında üyeler aralarından birini başkan olarak seçer.

(2) Teknik heyetin idarî ve teknik hizmetleri, teknik heyetin bulunduğu ildeki Müdürlükçe yürütülür. Teknik heyetin gündemi Müdürlükçe hazırlanır.

(3) Teknik heyet, görüşülecek dosya sayısı ve olağanüstü durumları da göz önüne alarak, ayda en az bir defa toplanır. Müdürlük, gerekli gördüğünde teknik heyeti olağanüstü toplantıya davet edebilir. Toplantının yeri, günü ve saati ile gündemindeki konular, Müdürlükçe en az yedi gün önceden üyelere bildirilir.

(4) Teknik heyet, en az beş üyenin iştiraki ile toplanır ve toplantıya katılan üyelerin çoğunluğu ile karar alır; oyların eşitliği hâlinde, Başkanın taraf olduğu görüş çoğunlukta sayılır.

(5) Teknik heyet tarafından gerek görülmesi hâlinde, diğer kamu kurum ve kuruluşlardan uzmanlar, oy hakları olmaksızın görüşleri alınmak üzere toplantılara davet edilebilir.

(6) Gündemdeki konu kendisi veya üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ile ilgili bulunan veyahut gündemdeki konu ile herhangi bir şekilde menfaat münasebeti bulunan üye, teknik heyet toplantısına katılamaz ve oy kullanamaz”.

Riskli yapı tespitinin, itiraz üzerine değişmesi halinde, durum aynı şekilde ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir.

Bu işlemlerin bitiminin ardından riskli olduğu tespit edilen yapıların yıkım süreci başlar. Yıkımın nasıl yapılacağı ise Yönetmeliğin 8. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: Riskli yapı tespitine karşı yapılan itirazın reddedilmesi veya riskli yapı tespitine itiraz edilmemesi suretiyle, riskli yapı tespitinin kesinleşmesi halinde müdürlük, gerekli tebligatların yapılmasını ve riskli yapının yıktırılmasını idareden (belediye/ il özel idaresi) ister. Bundan sonra ise yapılması gereken işlemler zincirleme olarak şöyle sıralanır:

1. Belediye veya İl Özel İdaresi, altmış günden az olmamak üzere süre vererek riskli yapıların yıktırılmasını yapı maliklerinden ister. Maliklere yapılacak tebligatta, riskli yapıyı kiracı veya sınırlı ayni hak sahibi kullananlara tahliye için malik tarafından bildirim yapılması gerektiği belirtilir.

2. Yıkım ruhsatı; yapı maliklerinden biri veya birkaçının veya bunların vekillerinin müracaatı üzerine, yıkılacak yapının tahliye edildiğine ve elektrik, su ve doğalgaz hizmetlerinin kapatıldığına dair ilgili kurum ve kuruluşlardan alınmış belgelerin sunulmasına ve yıkım sorumlusu olarak statik fenni mesulün belirlenmesine istinaden, maliklerin muvafakati aranmaksızın altı iş günü içerisinde düzenlenir.

3. Verilen atmış günlük süre içerisinde riskli yapıların yıktırılıp yıktırılmadığı mahallinde belediye veya il özel idaresince kontrol edilir ve riskli yapılar, malikleri tarafından yıktırılmamış ise, yapının idarî makamlarca yıktırılacağı belirtilerek, otuz günden az olmak üzere ek süre verilerek tebligatta bulunulur.

4. Yetkili belediye veya il özel idaresince verilen en az 60 ve en az 30 günlük sürelerle rağmen riskli yapıların maliklerince yıktırılmaması hâlinde, riskli yapılara elektrik, su ve doğal gaz verilmemesi ve verilen hizmetlerin durdurulması ilgili kurum ve kuruluşlardan istenir ve maliklere verilen süreler içinde riskli yapıların yıktırılmadığı mahallin en büyük mülki idare amirine bildirilir.

5. Bu şekilde maliklerince yıktırılmayan riskli yapıların tahliyesi ve yıktırma işlemleri, yıktırma masrafı öncelikle dönüşüm projeleri özel hesabından karşılanmak üzere, mahalli idarelerin de iştiraki ile mülkî amirler tarafından yapılır veya yaptırılır.

2. Değerlendirme

6306 sayılı Kanunda yer alan riskli yapı ve rezerv alan kavramları genel olarak yukarıdaki gibi izah edilebilir. Kanun ile ilgili olarak anlattığımız konu çerçevesindeki eleştiriler ise şöyle izah edilebilir:

- Kanunun genel ruhundan anlaşıldığı üzere yıkım kural güçlendirme ise istisnadır. Oysaki yıkımı gerektirmeyecek nitelikte, ancak küçük tadilatlarla kullanılabilir vasıflarda olan yapıların da Kanun kapsamında yıkım kararı içerisine sokulabilmesi, mülkiyet hakkının özü ile bağdaşmamaktadır. Kanunun genel sistemi içerisinde malik veya malikleri yıkıma özendirici hükümler yerine var olan yapıyı muhafaza edici, yenileştirerek sağlamlaştırıcı hükümlerin dercedilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Zira kanunun isminde “dönüştürme” ibaresi geçmekte, ayrıca da kanunun amaç maddesi ile olan 1. maddesinde: “...sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere...” denilerek iyileştirme ve yenilemelere esaslı vurgu yapılmaktadır. Ancak kanunun muhteviyatı tarandığında bu ibareler sadece 6/ 8 maddesinde geçmektedir¹³⁰.

-6306sayılıKanunun2/bmaddesinderiskli alanveyapınınbelirlenmesinde kural olarak yetkinin ÇŞB’ye ve “Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyeleri”ne ait olduğu ifade edilmiştir. Yetki, Anayasamızın 6. maddesine göre yasal olmak zorundadır. Yasadaki bakanlık tarafından yetkilendirilmesi halinde ibaresinden kast edilen temel konunun yetki devri olduğu anlaşılmaktadır. Kamu hukukunda yetkinin kanundan kaynaklanması ve kimin tarafından kullanılacağına kanunla belirlenmesi, kamu hizmetinin düzenli ve devamlı biçimde yürütülmesi gereksiniminden kaynaklıdır¹³¹. Yetki devrini çerçeve olarak tanımlayan temel yasa hükmü, 3056 sayılı Kanunun 32. maddesidir. Bu hükme göre yetki devri şu şekilde tanımlanmıştır: “Başbakan, Başbakanlık Müsteşarı ve Başbakanlık Teşkilatının her kademedeki yöneticileri, gerektiğinde sınırlarını yazılı olarak açıkça belirtmek şartıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebilirler. Yetki devri, yetki devreden amirin sorumluluğunu kaldırmaz”. Burada dikkat edilirse yasa hükmü, “sınırlarını yazılı olarak açıkça belirtmek” şartına bağlamak suretiyle, yetkinin devredilebileceğini ifade etmiştir. Gerek somut yetki devrinde gerekse de soyut yetki devrinde, bir çerçevenin çizilmesi yetkiyi devralacak olan idarenin hareket alanının etraflıca belirlenmesi, yetki

¹³⁰ ŞAHİN, s. 56.

¹³¹ AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Ankara 2014, s. 196.

karmaşasını önleyecek en önemli tedbirdir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'nun 35. maddesinde düzenlenen “Bakanlık, bu kanun gereğince yerine getirmekle yükümlü olduğu görev ve yetkilerin tamamını veya bir kısmını devredebilir” hükmünü anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir¹³². Bu konuda merkezi idarenin bir parçası olan Bakanlığın yerel yönetimlerden destek alması temel bir ihtiyaçtır. Ancak buradaki temel sorun yetkilendirilebilecek olan belediyelerin sadece büyükşehir kapsamında olan ilçe belediyeleri olması, bu kapsamda olmayan belediyelerin ise değerlendirme dışında kalmasıdır. İçişleri Bakanlığı'nın yayımladığı 2015 yılı verilerine göre¹³³ toplam 30 büyükşehir, 519 büyükşehir ilçe belediyesi; 51 il belediyesi, 796 ilçe ve belde belediyesi bulunmaktadır. Bu mantıktan hareketle Türkiye’de toplam 847 belediye ÇŞB’nin yetki kapsamının dışında kalmaktadır.

Anılan madde ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi’ne ana muhalefet partisi tarafından yapılan başvuru reddedilerek düzenleme anayasaya uygun görülmüştür. Anayasa Mahkemesi’nin uygunluk gerekçesinde: “*Kanun’un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının dava konusu ibareyi de içeren (b) bendinde, “...idare”nin “Bu Kanunun uygulanmasında” neyi ifade ettiği tanımlanmış; 6. maddesinin (12) numaralı fıkrasında ise Bakanlığın, “bu Kanunda belirtilen iş ve işlemlere ilişkin olarak” TOKİ’ye veya “idare”ye yetki verebileceği belirtilmiştir. Anılan iş ve işlemlerin neler olduğu ise Kanun’un “Uygulama” başlığını taşıyan ikinci bölümünde açıklanmıştır. Söz konusu bölümde yer alan 3., 4., 5. ve 6. maddelerde, Kanun kapsamında yapılacak iş ve işlemler, sırasıyla “tespit, taşınmaz devri ve tescil”, “tasarrufların kısıtlanması”, “tahliye ve yıktırma” ve “uygulama işlemleri” olarak sayılmış ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, iptali istenen ibare uyarınca Bakanlık, büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerine ancak Kanun’da belirtilen bu iş ve işlemlere ilişkin yetki verebilecektir...*” hususlarına değinilmiştir.

- Tahliye ve yıktırma işlemlerinin muhatabının kim/ kimler olacağı 6306 sayılı Kanunun 5/ 1-2 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre yıkım veya tahliyenin muhatapları;

- a. Malikler,
- b. Kiracılar,
- c. Sınırlı ayni hak sahipleri,

¹³² AYM, 8.11.2012, E. 2012/ 27, K. 2012/ 173, RG., 28.3.2013, sy. 28601.

¹³³ <https://www.e-icisleri.gov.tr/Anasayfa/MulkiIdariBolumleri.aspx>, 24.3.2015.

d. Bu sayılanlar kapsamında olmayıp da taşınmazı kullanan kişiler (gecekondu sahipleri).

Buna göre yukarıda sayılan kişilere konut veya işyeri tahsisi yahut kira yardımı yapılabileceği ifade edilmiştir. Buradan anlaşılacağı üzere yardım yapmak, idarenin serbest takdir yetkisine bırakılmıştır¹³⁴. Ancak yukarıda sayılan gruplardan olan gecekondu sahiplerine ilişkin olarak kira yardımı ve tahsis yapılmasına ilişkin hususlar, enkaz bedelinin ödenmesi gibi konuların ÇŞB'nin önerisi ve Bakanlar Kurulu tarafından karara bağlanacağı ifade edilmiştir.

Bu izahtan anlaşılacağı üzere, gecekondu sahiplerine ilişkin olarak yapılan düzenleme kesin ve çerçeveli olmayıp, tamamen sayılan idarelerin takdirine bırakılmıştır. Ayrıca gecekondu inşaat halinde olursa bu imkândan istifade edemeyecektir (Uygulama Yön. m. 16/1). Örneğin, gecekondu sahibi olan kişi ile malik olan kişinin elde edeceği mali haklar bakımından bir farklılık olacak mıdır? Burada kanun koyucunun “taşınmazı kullanan kişiler”den ne anladığı açık olarak ifade edilmelidir. Örneğin orman arazisini işgal eden veya özel mülkiyet üzerinde şağil konumunda olan kişiler bu kapsamda mıdır? Taşınmazı kullanan kişiler ibaresinden, taşınmazı her ne surette olursa olsun kullanan kişileri mi anlamalıyız? Bu konuda idarenin herhangi bir surette (elektrik, su vs) tasarrufta bulunmuş olması bir şart mıdır¹³⁵?

- Bir diğer tartışmalı nokta ise yıkımdan sonra yapılacak mali yardımın kapsamıdır. Buna göre, kira yardımının nasıl yapılacağı uygulama yönetmeliğinde ayrıntılı olarak tarif edilmiştir¹³⁶. Buradaki eleştiriyeye değer

¹³⁴ DORU, Seyit Rasim, “6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanları Dönüştürülmesi Hakkında Kanun’a İlişkin Değerlendirme”, in Kentsel Dönüşüm Hukuku, Edit. YASİN, Melikşah/ ŞAHİN, Cenk, İstanbul 2013, s. 164.

¹³⁵ Aynı yöndeki eleştiri için bkz. DORU, s. 169.

¹³⁶ **6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği m. 16/1**: “Anlaşma ile tahliye edilen uygulama alanındaki yapıların maliklerine tahliye tarihinden itibaren Bakanlıkça kararlaştırılacak aylık kira yardımı yapılabilir. Kira yardımı aylık 600 Türk Lirasını geçemez. Yardım süresi riskli alan dışındaki riskli yapılarda 18 ay ve Kanun kapsamında anlaşma yolu ile kamulaştırılan yapılarda 5 aydır. Riskli alanlarda kira yardımı süresi 36 ayı geçmemek şartı ile ilgili kurumca belirlenir. Aylık kira bedeli, her yıl Türkiye İstatistik Kurumu tarafından yayımlanan Tüketici Fiyatları Endeksi yıllık değişim oranında güncellenir. Maliklere, kiracılara ve sınırlı ayni hak sahiplerine, sahip oldukları veya kullandıkları Kanun kapsamındaki bütün yapılardan dolayı kira yardımı yapılabilir. İnşaat halinde olup içinde ikamet edilen yapılarda kira yardımı veya faiz desteğinden, sadece inşaat halindeki yapıda ikamet eden malik, kiracı ve sınırlı ayni hak sahibi faydalanır. Anlaşma ile tahliye edilen yapıların maliklerine mümkün olması hâlinde, kira yardımını yerine tahliye tarihinden itibaren konut ve işyerlerinin teslim tarihine kadar geçici konut veya işyeri tahsisi yapılabilir”.

en önemli husus, yapılacak kira yardımının yeknesak belirlenmesidir. Olması gereken kişilerin mülkiyet haklarına saygı gösterilmek suretiyle taşınmazın bulunduğu yer, ortalama değer durumu, bina yaşı, özellikleri gibi sübjektif hususlar yönetmelikle alt ve üst sınırlar belirlemek suretiyle yardım yapmaktır. Aksi durumun uygulamada çok büyük eşitsizliklere yol açacağı aşikârdır. Kira yardımının sorunlu bir diğer noktası ise kira yardımının yapılacağı sürelerdir. Yönetmeliğe göre, eğer yardımın yapılacağı yapı, riskli alan içerisinde anlaşma yolu ile kamulaştırılan bir bina ise 5 aya kadar; riskli alan dışında ise 18 aya kadardır. Ancak riskli alanlarda yer alan binalara ilişkin olarak 36 ayı geçmemek şartıyla kira süresinin ÇŞB tarafından uzatılabileceği ifade edilmiştir. Buradaki en sorunlu nokta belirtilen süreler içerisinde inşaatın tamamlanmaması halinde riskli yapıdaki hak sahibinin uğrayacağı mağduriyetin düzenlenmemesidir.

- 6306 sayılı Kanuna göre yapılacak yıkım kararı ile ilgili olarak, mülkü boşalttırmak amacıyla, temel kamu hizmetleri olan elektrik, su ve doğalgazın ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından durdurulmasını düzenleyen maddesi barınma ve konut edinme hakkı yönünden sorunludur. Söz konusu Kanununun 8. maddenin 3. fıkrasına göre; riskli yapı olarak tespit edilen yapıların tespit, tahliye ve yıkımı vb. işlemlerini engelleyenler hakkında Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca işlem yapılması öngörülmüştür. Kentsel dönüşüm adı altında vatandaşın hakkını koruma alanında ortaya koyacağı tutumları baştan suç sayan ve tehditkâr bir tutum geliştiren bu düzenlemenin hukuken kabulü mümkün değildir. Yapılan düzenleme ile en temel insan haklarından biri olan barınma hakkının savunulması ve dayatılan anlaşmaya karşı çıkılmasının cezalandırılması öngörülmekte, ancak maddede riskli denilen yapıların tespit, tahliye ve yıkımını engelleyenler hakkında Türk Ceza Kanunu uyarınca işlem yapılacağı belirtilmiş olmasına rağmen, suç tipi tanımlanmadığı gibi bir yaptırım da belirtilmemiştir¹³⁷.

- 6306 sayılı Kanununun temel sorunlarından birisi de kanunun kapsamı, amacı ve yetkilendirilmesi hususlarındadır. Bilindiği üzere Anayasamızın 123/ I maddesine göre, Türk idaresi, merkezi yönetim ve yerinden yönetim esaslarına göre örgütlenmektedir. Merkezi yönetimin işlevi milli kamu hizmetlerinin kurulması ve örgütlenmesi, yani ülke çapında yürütülecek kamusal nitelikli faaliyetlerin planlama, koordinasyon ve faaliyeti noktasında iken; idari vesayet yoluyla merkezi yönetimin denetiminde olan yerel yönetimler ise

¹³⁷ DEMİRKOL, Selami/ BAŞ BEREKET, Zuhâl, "Kentsel Dönüşümün 6306 sayılı Yasa Kapsamında Hak ve Özgürlükler Açısından Ele Alınması", TBBD, sy. 108, 2013, s. 65-66.

belde halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını tatmin için oluşturulmuş kamu tüzel kişilikleridir. Ayrıca 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 73. maddesi ile belediyelere de kentsel dönüşüm yapma yetkisi verilmiştir. 6306 sayılı Kanun, dolaylı olarak kentsel dönüşüm yapma yetkisini yerel yönetimlerin elinden almıştır¹³⁸. 6306 sayılı kanunun amacı, kanunun 1. maddesinde şöyle ifade edilmiştir: “*Bu Kanunun amacı; afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemektir*”. Kanunun dilinden de anlaşılacağı üzere faaliyete konu olan hizmet yerel niteliklidir. Dolayısıyla pozitif hukuk manasında bu işlevin ifası esasında yerel yönetimlere ait olan bir görevdir. Kanun koyucu, 6306 sayılı kanunla kentsel dönüşümü yerel olmaktan çıkarıp, kendi uhdesinde toplayarak merkezileştirmiştir. Hukuki açıdan bize göre çelişkili olan bu düzenlemenin pratikte daha olumlu, daha hızlı, daha politik etkilerden uzak yürüyebileceği iddia edilebilmesi mümkündür. Fakat gerek mevcut anayasa ve yerel yönetimleri düzenleyen özel kanunlar (Belediye Kanunu, BŞB Kanunu, İl Özel İdaresi Kanunu ve Köy Kanunu) dikkate alındığında, esasında yerel yönetimlerin münhasır yetkisinde olan bir konunun merkezi idareye verilmiş olması konuyu hukuki açıdan sorunlu bir zemine taşımıştır.

VI. 5366 SAYILI YIPRANANTARİHİ VE KÜLTÜREL TAŞINMAZ VARLIKLARIN YENİLENEREK KORUNMASI VE YAŞATILARAK KULLANILMASI HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA ALINAN YIKIM KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Taşınmaz kültür varlıkları, milli kültürün somutlaşmış değerleri olarak korunması gereken yapılardır. Bu yapıların korunmasına yönelik olarak idari teşkilat kurulması ve faaliyetlerde bulunulması 1982 Anayasası'nın 63. maddesinde, devlete verilmiş olan bir görevdir. Devletin tarihi, kültürel ve doğal varlıkları koruma görevi, sürekli bir idari teşkilat ve görev olarak yerine getirilmekle birlikte, taşınmaz kültür varlıklarının korunmasında kamu gücü kullanılarak belli bir alanda dönüşüm yapılması gerekliliği doğması durumunda, toplu yenilemeler yapılması yasal dayanağa kavuşturulmuştur¹³⁹.

¹³⁸ Bu konuda 6306 sayılı yasa ile ilgili olarak TMMOB Mimarlar Odası Başkanlığı'nca TBMM'ye verilen görüşte aynı düşünceler ifade edilmiştir. <http://www.mimarlarodasi.org.tr/index.cfm?sayfa=belge&sub=detail&bid=45&mid=45&recid=14390>, 24.3.2015

¹³⁹ ÇOLAK, Nusret İlker, “Kentsel Dönüşüm Mevzuatının Hukuksal Değerlendirmesi”, <http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/conf8/kentselDonusumMevzHukuksalDeğerlendirmeN.Colak.pdf>, 24.3.2015.

5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkındaki Kanun, yıpranan ve özelliğini kaybetmeye yüz tutmuş sit alanlarında restorasyon ile konut, ticaret, kültür, turizm ve sosyal donatı alanları oluşturulması amacıyla çıkarılmıştır.

5366 sayılı Kanun büyükşehir belediyeleri, büyükşehir belediyeleri sınırları içindeki ilçe ve ilk kademe belediyeleri, il, ilçe belediyeleri ve nüfusu 50.000'in üzerindeki belediyelerce ve bu belediyelerin yetki alanı dışında il özel idarelerince, yıpranan ve özelliğini kaybetmeye yüz tutmuş; kültür ve tabiat varlıklarını koruma kurullarınca sit alanı olarak tescil ve ilan edilen bölgeler ile bu bölgelere ait koruma alanlarının, bölgenin gelişimine uygun olarak yeniden inşa ve restore edilerek, bu bölgelerde konut, ticaret, kültür, turizm ve sosyal donatı alanları oluşturulması, tabii afet risklerine karşı tedbirler alınması, tarihi ve kültürel taşınmaz varlıkların yenilenerek korunması ve yaşatılarak kullanılması amaçlanmıştır.

Bu kanuna göre yenileme alanlarının belirlenmesi 5366 sayılı Kanunun 2/ 1 maddesine göre: “Yenileme alanları; il özel idarelerinde il genel meclisinin ve belediyelerde belediye meclisinin üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararı ile belirlenir. İl özel idaresinde il genel meclisince ve büyükşehirler dışındaki belediyelerde belediye meclisince bu konuda alınan kararlar, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının teklifi ile Bakanlar Kuruluna sunulur. Büyükşehirlerde ise ilçe belediye meclislerince alınan kararlar, büyükşehir belediye meclisince onaylanması üzerine Çevre ve Şehircilik Bakanlığının teklifi ile Bakanlar Kuruluna sunulur. Bakanlar Kurulu projenin uygulanıp uygulanmamasına üç ay içinde karar verir” denilerek onay yetkisinin Bakanlar Kurulu’na ait olduğu ifade edilmiştir. Yerel yönetimlerin yetkisi ise Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen yenileme alanlarına ilişkin olarak çıkartılan etap projelerin uygulanmasına ilişkindir. Bu durumda uygulanması gereken yıkım kararları konusunda önceliğin anlaşma olduğu, anlaşmanın sağlanamaması durumunda ise kamulaştırma işleminin uygulanacağı ifade edilmiştir (5366 SK m. 4/ 3, Uygulama Yön. m. 24¹⁴⁰).

V. 775 SAYILI GECEKONDU KANUNU’NA GÖRE ALINAN YIKIM KARARI

Bu Kanuna göre yapılacak olan yıkım işlemi, 775 sayılı Kanunun 18. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre yıkım işlemi şu şekildedir: “belediye

¹⁴⁰ Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği, RG., 14.12.2005, sy. 26023.

sınırları içinde veya dışında, belediyelere, Hazineye, özel idarelere, katma bütçeli dairelere ait arazi ve arsalarda veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde yapılacak, daimi veya geçici bütün izinsiz yapılar, inşa sırasında olsun veya iskân edilmiş bulunsun, hiçbir karar alınmasına lüzum kalmaksızın, belediye veya Devlet zabıtası tarafından derhal yıktırılır. Yıkım sırasında lüzum hâsıl olduğunda, belediyeler ilgili mülkiye amirlerine başvurarak yardım isteyebilirler. Mülkiye amirleri, Devlet zabıtası ve imkânlarından faydalanmak suretiyle, izinsiz yapıların yıkım konusunda yükümlüdürler”. Buradaki usul, 3194 sayılı Kanununun 32. maddesinde öngörülen yıkım usulünden farklıdır¹⁴¹.

Kanunun hükmünden çıkartılacak olan ilk sonuç, aykırılığı iddia edilen yapının (baz istasyonu vb. dahil¹⁴²) öncelikle kamu arazisi üzerinde yapıldığının belirlenmesinin öncelikli bir şart olduğudur¹⁴³. Ancak burada her idareye ait taşınmaz üzerinde yapılan yapı, Gecekondu Kanunu içerisinde değerlendirilemeyecektir. Örneğin Danıştay’ın verdiği bir kararda Vakıflar Genel Müdürlüğü’ne ait olan bir taşınmaz üzerinde yapılan yapının Bu kanuna istinaden yıkılamayacağı ifade edilmiştir¹⁴⁴.

¹⁴¹ “Bu durumda; 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 32. maddesi ile 775 sayılı Gecekondu Kanunu’nun 18. maddesinde birbirinden farklı durumlar ve uygulanacak farklı usullerin öngörülmesi nedeniyle, davalı idarece, anılan Yasa maddelerinin her birine aykırılık teşkil eden durumun saptanarak uygun Yasa maddesinde öngörülen usullerin uygulanması suretiyle işlem tesis edilmesi gerekirken, 775 sayılı Kanun’un 18. maddesi uyarınca tutulan tutanağa dayanılarak 3194 sayılı Kanun’un 32. maddesi uyarınca tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, davanın yıkıma ilişkin kısmının reddi yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararının bu kısmında hukuki isabet görülmemiştir” (D14D., 17.4.2014, E. 2012/ 8814, K. 2014/ 4864, Yayınlanmamıştır). Danıştay Gecekondu Kanunu’na göre uygulanan yıkım kararlarında da İK m. 42’ ye göre idari para cezası verilebileceğini ifade etmiştir (D14D., 18.3.2014, E. 2012/ 6463, K. 2014/ 3616, Yayınlanmamıştır).

¹⁴² D14D., 17.4.2014, E. 2013/ 4448, K. 2014/ 4875, Yayınlanmamıştır.

¹⁴³ “...775 sayılı Yasanın 18. maddesi uyarınca yıkım işlemi tesis edilebilmesi için yapının tamamının belediyelere, Hazineye, özel idarelere, katma bütçeli dairelere veya üçüncü bir özel veya tüzel kişiye ait arazi veya arsa üzerinde bulunması gerekmekte olup; davalı idare tarafından dosyaya sunulan imar paftası ve lejant paftası suretinden işleme konu rampanın bir kısmının davacı oto sanayi sitesine ait 632 ada, 12 parsel sayılı taşınmazda kaldığı, yapının tamamının yeşil alanda kalmadığı anlaşıldığından, 775 sayılı Yasanın 18. maddesinin uygulanması mümkün olmayıp, söz konusu imalat hakkında imar mevzuatına aykırı bir durum oluşturması nedeniyle, 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 32. maddesi uyarınca işlem tesis edilmesi gerekirken, 775 sayılı Kanun’un 18. maddesi uyarınca tesis edilen işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir” (D14D., 12.6.2014, E. 2014/ 845, K. 2014/ 6699, Yayınlanmamıştır). Aynı yönde D14D., 8.5.2014, E. 2012/ 4134, K. 2014/ 5418, Yayınlanmamıştır.

¹⁴⁴ “Ancak burada belirtilen idarelerin 775 sayılı Kanununun 18. maddesi uyarınca yıkım işlemi tesis edilebilmesi için yapının tamamının belediye veya hazineye ait taşınmaz üzerinde bulunması gerekmekte olup, yıkılması öngörülen davacıya ait tesisin bulunduğu 109 ada, 1

Belirleme yapıldıktan sonra yapı, kamu mülkiyeti üzerine inşa edilmişse herhangi bir işlem yapılmaksızın yıktırılır.

SONUÇ

Tipik bir idari işlem olan yıkım kararının icra edilebilmesi hususunun son derece katı şartlara tabi tutulması olağandır. Çalışmamızda da izah edildiği üzere, bir idarenin yıkım kararı almadan önce, kendisinin yetkili olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapması şarttır. Yetki konusunu belirledikten sonra, yıkıma konu olacak aykırılık iddiasının, imar kanunu çerçevesinde “yapı” olarak değerlendirilip değerlendirilmediğini tetkik edecektir. Yasa kapsamında ise yıkım kararının alınmasında atılacak ilk adım yapı tatil tutanağının usulüne uygun olarak düzenlenip, ilgiliye doğru tebliğ edilmesidir. Burada önce yapı tatil tutanağının bütün teknik detayları ile ayrıntılı olarak, konunun uzmanlarınca tanzim edilmesi gerekmektedir. Eğer tutanak ilgilisi tarafından belirtilen ayrıntılar gözönüne alınarak düzenlenmiş ise, yasanın emredici hükümlerine uygun olarak tebliğ edilmelidir. Tebligatta önemli olan husus ilgilinin konudan haberdar olmasını sağlamaktır. Tebligat, özellikle anayasamızın 40/ II maddesi hükümleri çerçevesinde hak arama yolları gösterilerek düzenlenmeli, tercihan doğrudan kişinin haberdar edilmesi sağlanarak yapılmalıdır. Kanun koyucu yıkım kararının icra edilmesinden önce ilgiliye en fazla otuz günlük süre verilmesini şart koşmuş, süre sonunda aykırılık giderilmez ise yıkımın gerçekleştirileceği ifade edilmiştir. Yasadan da anlaşıldığı üzere yıkım, en son uygulanacak olan kolluk tedbiridir. Bu yüzden idarelerin yıkımı en son ihtimal olarak değerlendirmeleri, mümkünse aykırılıkların uzlaşma yolu ile giderilmesinin sağlanması olanağı araştırılmalıdır. Eğer belirtilen süreler zarfında aykırılıklar, izale edilmez ise yıkım kararı yasa ile yetkilendirilmiş olan idarelerin yetkili organlarınca onaylanarak icra edilmelidir. Bu konuda en önemli hususlardan birisi, yapı tatil tutanağına dava açılması sorunudur. Çalışmamızda ifade edildiği gibi, yapı tatil tutanağı veya nihai yıkım kararı iptal davasına konu edilebilir. Bize göre olması gereken yapı tatil tutanağının kesin ve yürütülebilir işlem olmamasından kaynaklı olarak iptal davasına konu edilmemesi; bunun yerine

parşel sayılı taşınmazın, özel bütçeli olması nedeniyle 775 sayılı Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasında sayılan idarelerden olmayan Vakıflar Genel Müdürlüğüne ait olduğu, öte yandan Adalar Sulh Hukuk Mahkemesinin 20003/4 değişik iş sayılı davasında yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi neticesinde hazırlanan bilirkişi raporunda davacının işlettiği tesisin Vakıflar Genel Müdürlüğüne ait 109 ada, 1 sayılı parşel içerisinde kaldığı ve bu parşelin önündeki alana taşmadığının belirtildiği anlaşılmaktadır” D14D., 15.4.2014, E. 2012/ 6902, K. 2014/ 4670, Yayınlanmamıştır.

nihai yıkım kararının iptal davasına konu edilmesi durumunda talebe gerek kalmaksızın işlemin yürütülmesinin durdurulmasının sağlanmasına olanak tanınmasıdır. Bu durum hukuki güvenlik ve istikrar ilkelerine, aynı zamanda da temel haklar sınıfında olan mülkiyet hakkının ruhuna uygun bir sistem olacaktır.

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU, Tekin, “Yıkma Kararlarında Yöntem Sorunları”, **AİD**, c. 12, sy. 4, Aralık 1979.

AKILLIOĞLU, Tekin, “Yıkım Kararlarında Yöntem Sorunları”, **AİD**, c. 12, Aralık 1979, sy. 4.

AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Ankara 2014.

ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Ankara 2009.

AYANOĞLU, Taner, **Yapı Hukukunun Genel Esasları**, İstanbul 2014.

BAŞPINAR, Veysel, **Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler**, Ankara 2009.

BUCAKTEPE, Adil, “Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 17-18, Sayı: 26-27-28, 2012-2013.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara 2013.

ÇOLAK, Nusret İlker, **Anayasa Mahkemesi Kararlarında İmar Hukukunun İlkeleri**, İstanbul 2011.

ÇOLAK, Nusret İlker, “Kentsel Dönüşüm Mevzuatının Hukuksal Değerlendirmesi”, <http://www.yargitay.gov.tr/abroje/belge/conf8/kentselDonusumMevzHukuksalDegerlendirmeN.Colak.pdf>, 24.3.2015.

DALKILIÇ, Elvin Evrim, “İdarenin Denetim Yetkisinin Devrine Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşımı”, **ABD**, 2013, sy. 2.

DEMİRKOL, Selami/ BAŞ BEREKET, Zuhul, “**Kentsel Dönüşümün 6306 sayılı Yasa Kapsamında Hak ve Özgürlükler Açısından Ele Alınması**”, TBBD, sy. 108, 2013.

DORU, Seyit Rasim, “**6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanları Dönüştürülmesi Hakkında Kanun’a İlişkin Değerlendirme**”, in *Kentsel*

- Dönüşüm Hukuku, Edit. YASİN, Melikşah/ ŞAHİN, Cenk, İstanbul 2013.
- DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul 1982.
- EKE, Feral, “3194 sayılı İmar Yasası’na Eleştirel Bakış”, **ÇYYD**, c. 9, sy. 3, Temmuz 2000.
- EREN, Fikret, **Mülkiyet Hukuku**, Ankara 2012.
- EREN, Fikret, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri Semineri, **BATİDER**, Ankara 1996.
- ERGEN, Cafer/ BÖKE, Veli, **Kaçak Yapı**, Ankara 2005.
- ERKUT, Celal, **İdari İşlemin Kimliği**, Ankara 1990.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, c. II, Bursa 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, c. II, Ankara 2014.
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, Ankara 2011.
- KAĞITCIOĞLU, Mutlu, “İdari İşlemin İcrailiği”, **TBBD**, 2012, sy. 103.
- KALABALIK, Halil, **İmar Hukuku Dersleri**, Ankara 2014.
- KALABALIK, Halil, **İmar Hukuku**, c. II, Ankara 2010.
- KALABALIK, Halil, “İmar Mevzuatına Aykırı Yapıların Yıkılması”, **Kamu Mevzuatı Dergisi**, sy. 4, Mart 2009.
- KAPLAN, Gürsel, “İdare Hukukunun Arkaik Ve Anakronik Bir Kurumu: “Fiili Yol”, **GÜHFD.**, Haziran-Aralık 2007, c. XI, sy. 1-2.
- KAYA, Cemil, “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, **GÜHFD**, c. IX, Sy. 1-2.
- KAYA, Cemil, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, İstanbul 2011.
- KULAK COŞKUN, Sercan, “İmar Kanunu’nun 32. ve 42. Maddeleri Kapsamında Yıkım ve Para Cezası”, **GÜHFD.**, c. XVI, 2012, sy. 4, s. 252.
- MERİÇ, Osman, “Danıştay Kararlarına göre Yıkım Kararlarında Göz önünde Tutulması Gereken Hususlar”, **İller ve Belediyeler Dergisi**, c. 35, sy. 410, 1979.
- METİN, Yüksel, **Ölçülülük İlkesi**, Ankara 2002.
- OY, Osman, **Kentsel Dönüşüm Kapsamında Rezerv Yapı Alanı-Riskli Alan ve Riskli Yapılar**, İstanbul 2014.

ÖNGÖREN, Gürsel/ ÇOLAK, Nusret İlker, **İmar Planları, İmar Uygulamaları ve İptal Davaları**, http://www.ongoren.av.tr/pdf/IMAR_PLN_UYG_IPT.pdf, 12.10.2014.

ÖRÜCÜ, Esin, “1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi’ne göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü”, **İHFM**, c. XLI, sy. 3-4.

ÖZKAN, Osman, “İmara Aykırı Yapılar Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar”, **Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi**, 2006, c. 11, sy. 11.

SAYIN, İsmail Hakkı, **Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, Ankara, 1999.

SEZGİNER, Murat, Murat, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Ankara 2000.

ŞAHİN, Cenk, “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanuna Yönelik Bazı Eleştiriler”, in *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, Edit. ŞAHİN, Melikşah/ ŞAHİN, Cenk, İstanbul 2013.

ŞİMŞEK, Suat, “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I-II, **TBB Dergisi**, 2010 (91).

ÜSTÜN, Gül, “İdarenin Usul Dışı Fiillerinden: Fiili Yol”, **MÜHF - HAD**, c. 13, sy.1-2, 2007.

YASİN, Melikşah, **İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları**, İstanbul 2009, s. 6-9.

YEŞİLOVA, Bilgehan, “Tebliğat Hukuku Açısından İmar Kanunu’nun 32/ II Maddesinde Düzenlenen Özel Tebliğat Usulünün Değerlendirilmesi”, **Yaşar Ün. HFD, Aydın Zevkliler’e Armağan**, sy. 8, c. III, 2013.

YILDIRIM, Ramazan, **İmar Hukukuna Aykırı Yapılar Üzerinde İdarenin Yetki ve Yaptırımları**, İstanbul 1990, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

YILMAZ, Mustafa, **İmar Yaptırımları ve Yargısal Korunma**, Ankara 2002.

YILMAZ, Halil, **Türk Hukukunda Yapı Denetim Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu**, Ankara 2008.

ZEVKLİLER, Aydın, **İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat**, Ankara 1982.

BİR İSLÂM HUKUKU MÜESSESESİ OLAN HİDÂNE HAKKININ VE OSMANLI AİLE HUKUKU'NDA UYGULANIŞININ İZMİR ŞER'İYYE SİCİLLERİNDE YER ALAN BİR KARAR ÖRNEĞİ ÜZERİNDEN İNCELENMESİ

İrem KARAKOÇ*

ÖZET

İslâm ve Osmanlı Aile Hukuku'nda çocukların bakımı ve yetiştirilmesinden anne ve baba birlikte sorumludurlar. Ancak boşanma veya eşlerden birinin vefatı durumunda bu sorumluluğu tek bir eşe yüklemek hakkaniyete uygun bulunmamıştır. Çocuğun bakımı kapsamına, sağlıklı beslenmesi; eğer çocuk küçükse, emzirilmesi; oyun oynatılması; gezdirilmesi; temizliği; gözetilip kollanması; takibi; eğitimi; terbiyesi ve sürekli çocukla bir arada bulunulmasını gerektiren tüm diğer işler girmektedir. Ancak bakım yükümlülüğünün, en az bunun kadar önemli bir de malî boyutu vardır. Osmanlı Aile Hukukunda bu iki bakım sorumluluğu anne ile baba arasında paylaştırılmıştır. Çalışmanın bir kısmını oluşturan örnek olayda küçüğün annesi öldüğü için anneannesinin hidânesi altına verildiği anlaşılmaktadır. Mahkeme buna karşılık babanın nafaka ödemesine karar vermiştir. Mahkemenin bu yaklaşım şeklinin tarihsel izleri sürüldüğünde, İslâm Hukuku'ndaki aslî ve tâlî kaynaklara ulaşılmaktadır. Bu nedenle çalışmada İslâm Hukuku'ndaki hidâne, nafaka, emzirme (radâ) ve hukukî temsil konuları da etraflıca açıklanmaya çalışılmıştır. İslâm Hukuku'nda mezhepler arasında tartışmalı olan hususlara yer verilmiş, Osmanlı mahkemesinin örnek olayda hangi görüşe göre karar verdiği açıklanmaya çalışılmıştır. Osmanlı Hukuku'ndaki durum, küçük yaşta annesi vefat eden bir çocuğun hidanesinin anneannesine, nafakasının babasına verildiği bir karar bağlamında sınırlı olarak ele alınmıştır. Osmanlı Devleti'nin önemli bir kenti olan İzmir'in Şer'iyeye Sicil kayıtlarında yer alan bir örnek olayda, hâkimin hidâne hakkı ile velâyeti ve nafaka sorumluluğunu ne şekilde tesis ettiği değerlendirilmiştir. Böylece diğer şehirlerin kayıtlarıyla bir mukayese yapma imkânı doğacağı kanaatini taşımaktayız.

Anahtar Kelimeler: *Osmanlı Aile Hukuku, İzmir Şer'iyeye Sicilleri, hidâne hakkı, hâdine, emzirme, nafaka, velâyet, nafaka için babaya rücu.*

* Yrd. Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**ANALYSING THE HIDÂNE RIGHT AS A FOUNDATION OF ISLAMIC
LAW AND THE EXERCISE OF THIS RIGHT IN THE OTTOMAN FAMILY
LAW**

ABSTRACT

Through The Decision of The Izmir Shari'a Court's Records, Parents are responsible for the child-care and bringing up the children together in the Islamic and Ottoman Family Law. However, in the event of divorce or death of a spouse, laying the burden on a single peer wasn't seen equitable. The extent of this child care includes healthy nutrition; if the child is little, breastfeeding; playing games with the kid; showing him/her around, personal hygiene, taking care of his/her protection and follow-up, education and training also all the other jobs that require one to be made with the children permanently. However, the obligation of maintenance has an important financial aspect as well. In Ottoman Family Law, these two maintenance responsibilities were shared among a mother and father. From this case as a part of our study was understood that the little/kid was given to hidane of grandmother because of the death of kid's mother. On the contrary, the Court decided to have the father pay alimony. As the historical background of this decision is traced, the main and auxiliary sources in Islamic Law have been approached. Because of this reason, hidane, alimony, breast-feeding (radâ') and legal representation in Islamic Law are tried to explain. Including controversial issues among sects in Islamic Law and trying to assess how the Ottoman Court decided according to which point of view in this example of case. This case in the Ottoman State that is to give hidâne right of the child whose mother passed away was entitled to a grandmother and laid the burden of the alimony on the child's father is discussed parochially. How the judge evaluated the hidâne right, the right of custody and responsibility of alimony was assessed in this case that appeared in the Sharia Court Records of Izmir that is the one of the important cities of the Ottoman Empire. Thus we carry the conviction that there will be an opportunity to make a comparison with the records of other cities.

Keywords: Ottoman Family Law, Izmir Sharia Court Records, hidâne right, hâdine, breast-feeding, alimony, custody, recourse to a father for alimony.

GİRİŞ

Aile hukuku alanına giren konular arasında evlenme (münâkehat) ve boşanma (mufârakat) çok geniş bir kapsama sahiptir. Nesep, velâyet, vesâyet, bakma-gözetme ve yanında bulundurma (hidâne), emzirme (radâ) gibi ayrı başlıklar altında incelenen diğer konular da çoğunlukla evlenme veya boşanmanın sonuçlarıdır. Her hukuk sistemi, ait olduğu toplumun örf-âdetine

ve dönemler arasında değişiklik gösteren sosyal ve ekonomik şartlara göre bu konuları farklı şekillerde düzenlemek yoluna gitmiştir. Osmanlı Devleti özel hukukunda büyük ölçüde İslâm Hukuku kural ve kurumları etkili olmuştur.

Yapılan bu incelemenin gâyesi, bir İslâm hukuku müessesesi olan hidâne hakkının Osmanlı Özel Hukuk sisteminde ne şekilde uygulandığını anlamaya çalışmaktır. Çalışmaya konu olarak seçilen müessese İslâm Hukuku kaynaklı olduğu için nasslar, ilk dönem İslâm Hukuku'ndaki uygulamalar ve teorik tartışmalar üzerinde etraflıca durmak zorunluluğu vardır. Bilindiği gibi İslâm Hukuku'nda ayet ve hadisler aslî kaynaklardır. Aslî kaynakların etkisi, İslâmiyet'ten yüzyıllar sonra tarih sahnesine çıkan Osmanlı Özel Hukuku'nda dahi hissedilmektedir. Çalışmada aslî kaynaklarla da bağlantı kurularak bir süreç takip edilmek istendiğinden bu köklü müesseseye kaynaklık eden asılların ve doktriner tartışmaların incelenmesi zorunlu olmuş böylece çalışma sadece bir karar incelemesi olmaktan çıkarak daha kapsamlı bir nitelik kazanmıştır. Ancak kararın incelendiği bölümde İslâm Hukuku'ndaki tartışmalara da atıflar yapılmıştır.

Eski hukukumuzda bir çocuğun bakımı ve büyütülmesinde anne-baba ve/veya akrabaların, hattâ son aşamada devletin, etki ve katkısının nasıl düzenlendiğini araştırmak için konu ile ilgili bir örnek kararı incelemek de somutlaştırmak bakımından yarar sağlayacaktır. Bu düşünce ile çalışmanın ilk bölümü İslâm hukukuna dayalı temel esaslar ve teorik bilgiler bağlamında hidâne hakkına ve bunun benzer müesseselerle karşılaştırılmasına ayrılmıştır. Ancak son kısımda bu bilgilerin Osmanlı Devleti'ndeki uygulamaya nasıl yansıdığını görmek bakımından bir örnek olay/mahkeme karar incelenmek yoluna gidilmiştir. Kararın incelendiği kısımda davanın tarafları ve konusu açıklanmış ve ardından karar, hidâne hakkının hukukî niteliği, kapsamı ve ücreti açılarından değerlendirilmiştir. Ayrıca çalışmanın en sonuna incelediğimiz kararın aslı ve transkripsiyonu konulmuştur (Ek-1 ve Ek-2). Bununla birlikte kararı aldığımız sicil kaydının bir önceki sırasında tescil edilmiş bir başka karar da, aynı aileye ilişkin bir satım kararı olup bu kararda akrabalık ilişkilerine ilişkin bilgiler bulunduğundan ilişkili kısımları ek olarak yerleştirmeyi uygun bulduk (Ek-3 ve Ek-4).

Teorik bilgilerin yer aldığı Birinci Bölüm'de hidâne hakkı ve yükümlülüğünün tanımı, hukukî niteliği, ücreti, hakkı kullanacak olanların taşınmaları gereken şartlar üzerinde durulmuştur. Ancak Osmanlı hukukunda baba ve annenin çocuk üzerindeki hak ve yükümlülükleri; velâyet ve hidâne

müesseseleri bağlamında birbirinden ayrılarak her biri için kendine özgü tanımlamalar ve sonuçlar getirilmiştir. Bu nedenle söz konusu müesseselerin benzer hukukî kavram ve kurumlarla ilişkisi ve farklılıklarına, kısaca da olsa, değinilmesi gereği doğmuştur. İkinci Bölüm, nafaka, hukukî temsil, emzirme ve muhâla'a müesseseleri ile hidane arasında, birlikte kullanılmak suretiyle, uygulamada meydana gelen ilişkilere; benzerlik ve farklılıklara ayrılmıştır.

Çalışmanın bir diğer gâyesi, günümüzde aile hukukunda yaşanan benzer süreçler ve sorunlar bağlamında hukuk tarihi ile bir bağlantı kurmak olduğundan bu amacı gerçekleştirmek için, şer'îyye sicillerinde yer alan ve incelemeye konu olan hidâne ve nafaka tayin ve tesisine ilişkin mahkeme kararı o dönemin hukuk anlayış ve algılayışını yansıtmaları bakımından çok önemlidir.

I. HİDÂNE HAKKI

A. Genel Açıklama

Doğumla birlikte küçükler üzerinde üç türlü velâyetin doğacağı kabul edilmektedir. Bunlar, çocuğun şahsına bağlı hakların kullanılmasını düzenleyen velâyet; çocuğun mallarının korunma ve idaresine yönelik velâyet ile çocuğun beden ve ruhen sağlıklı büyümesi ve yetişmesini sağlama gâyesine hizmet eden velâyetir (hidâne). Velâyetin bir de tüm bu sayılanları kapsayan genel ve geniş kapsamlı bir anlamı vardır. Bu nedenle velâyet ve hidâne arasında yakın bir bağ bulunmaktadır. Çocuk üzerinde anne babanın birlikte sahip oldukları tüm bu hak, görev ve sorumluluklar, evlilik bittiğinde, taraflar arasında paylaşılabilir; velâyet babaya, hidâne ise anneye verilebilir¹. Ya da hepsi aynı kavramın içine dahil edilip velâyet adı altında bir eşe yüklenebilir. İslâm-Osmanlı özel hukukunda bu konuda, eşlerin hak ve yükümlülüklerini ayırma esasına dayalı özgün bir yaklaşım benimsenmiştir.

Eşler ayrıldıktan sonra çocuğu yanında bulundurma, bakma ve büyütme hakkının kadına ait olduğunu belirten bir hadis konuya açıklık getirmektedir. Buna göre, Hz. Peygamber, çocuğunu kendisinden almak isteyen kocasından yakınan bir kadına “... *Hayır, sen evlenmedikçe çocuk senin hakkındır*” demiştir².

¹ Hidâne, daha çok evlilik birliğinin sona erdiği durumlarda önem kazanmaktadır. Bu nedenle klâsik fıkıh eserlerinde boşama (talâk) başlığı altında ele alınıp incelenmiştir (Tahâvî, s. 433; Bardakoğlu, Hidane, C. 17, s. 467). Ancak evlilik süresince de hidânenin varlığı ve aslında doğumun doğal bir sonucu olduğu düşüncesi için bkz. Akgündüz, s. 273. Ayrıca bkz. Şimşek, s. 90.

² *Ebü Dâvud (Talâk)* C. 1, S. 310; *el-Müstedrek (Hadânet)*, C. 2, s. 207'den aktaran,

Hidânenin bir hak mı, yoksa sorumluluk mu olduğu hususu ile eğer bu bir hak ise, kime ait bulunduğu konusu hukuk doktrininde tartışılmıştır³.

B. Tanımı ve Hukukî Niteliği

1. Tanımı

Hidâne (hıdâne/hadâne; hıthane/istihzan)⁴, sözcüğü sözlükte, “yan (hızb/cenb), böğür, göğüs, kanat; çocuğu kucağına almak, beslemek ve bir şeyi yanına almak” anlamlarına gelmekte ayrıca “kadının, çocuğunu -tıpkı bir kuşun, yumurtalarını kanadının altına alması gibi- bir tarafında taşıması”na benzetilmektedir. Fıkıhta terim anlamı, bebek ve küçük çocukları sürekli olarak yanında bulundurma, besleme, bakma, koruma, gözetme ve terbiye etme hak ve görevidir⁵.

Doktrinde hidânenin, sadece küçük çocukların değil aynı zamanda -küçük olmasalar da- tek başına hayatlarını sürdüremeyecek olan fiziksel ve zihinsel engelli kişilerin de bakım ve terbiyesini kapsadığını düşünen yazarlar vardır⁶.

Çocuğun bakım ve terbiyesi kendisine verilen kimseye *hâdine* (*hâdın*) (*çoğ. huddan*) denmektedir⁷. Farklı kaynaklarda *rabbü 'l-hazane* ve *menlehü 'l-*

Merginânî, C. 2, s. 151, dph. 98. Hz. Ömer eşinden ayrıldığında, Hz. Ebû Bekir aynı anlama gelecek ifadeler kullanarak, çocukların anne ile kalmayı daha çok isteyeceklerini belirtmiştir (**Merginânî**, C. 2, s. 151). Ayrıca bkz. **Serahsî**, C. 5, s. 327.

³ **Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 467; **Cin-Akgündüz**, s. 536; **Avcı**, s. 305.

⁴ Söz konusu müessesenin adı kimi kaynaklarda *hidâne* (**Halebî**, C. 2, s. 163; **Bardakoğlu**, Hidâne, C. 17, s. 467; **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 356; **Akgündüz**, s. 273; **Sâğircî**, s. 705), kimi kaynaklarda *hudâne* (**Tahâvî**, s. 433; **Döndüren**, s. 295; **Aydın**, Aile, s. 54; **Ekinci**, s. 461; **Baktır**, s. 259), kimi kaynaklarda *hızane/ihizan* (**Bilmen**, C. 2, s. 421, 452 vd) ve bazılarında ise *hadane* (**Zuhayfî**, C. 10, s. 46; **Ansay**, s. 239) olarak geçmektedir. **Ansay** ise “hidane” ve “hadane”nin her ikisini de kullanmıştır (**Ansay**, s. 239). Bu farklılık Arapçada bu kelime yazılırken kullanılan “d” harfinin söylenişinin, “d” ile “z” arası bir sese karşılık gelmesinden kaynaklanmış olabilir. Ayrıca bkz. **Serahsî**, C. 5, s. 327; **Bilmen**, C. 2, s. 452; **Cin**, s. 117; **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 357; **Ekinci**, s. 461; **Avcı**, s. 304; **Demir**, s. 358.

⁵ **Halebî**, C. 2, s. 163; **Tahâvî**, s. 433; **Bilmen**, C. 2, s. 421, 452; **Cin**, s. 117-119; **Zuhayfî**, C. 10, s. 46; **Sâğircî**, s. 705; **Cin-Akgündüz**, s. 536; **Cin-Akyılmaz**, s. 448; **Paçacı**, Hidâne, s. 254; **Baktır**, s. 262.

⁶ **Bilmen**, C. 2, s. 421; **Zuhayfî**, C. 10, s. 52; **Ekinci**, s. 461; **Avcı**, s. 304; **Demir**, s. 358. Şâfiî hukukçu *er-Remlî* (V. 1400/1600) hidâneyi “kendi işlerinde müstakil olmayan kimseyi muhafaza etmek, onu uygun şekilde terbiye etmek ve ona zarar veren şeylerden korumak” şeklinde tanımlanmıştır (**Er-Remlî**, Nihâyetü'l-Muhtac ilâ Şerhi'l-Minhac, Mısır, 1967/1386, VII, s. 225'ten aktaran **Baktır**, s. 262). Ayrıca bkz. **Cin**, s. 117; **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 357.

⁷ Buna *terbiye velâyeti* de denebilir (**Akgündüz**, s. 273; **Cin-Akgündüz**, s. 536). Hidâne ile

hazane ifadelerine de rastlanmaktadır. Hidâne altındaki çocuğa mahdûn/ mahdûne (mahzûn/mahzûne) denir⁸.

Bir kişi bir çocuğun bakımını üstlenmiş ise, işin niteliği ve doğası gereği, bu görevini lâıyık ile yerine getirebilmesi için çocuğu yanında bulundurması gerekmektedir. Çünkü, normal şartlar altında küçük çocuk, annesinin ilgi ve şefkatine muhtaçtır. Hattâ yeni doğan bebekler annenin kucağına ve kokusuna da ihtiyaç duyarlar. Ancak onun kokusunu aldıkları zaman sakinleşirler. Bu nedenle hidâne hakkı, öncelikle anneye/kadına tanınmıştır⁹.

Babası bulunmayan çocuğun terbiye ve bakımı, kural olarak annesine aittir. Anne eşinden ayrıldığında çocuğunu yanına alma ve bakıp besleme hakkı öncelikli olarak kendisine ait olmakla birlikte, buna mecbur da tutulamaz/ tutulmamalıdır¹⁰.

Hidâne hakkı ile ilgili olarak, aslî kaynaklardan Kur'an'da doğrudan bir nass bulunmamakla beraber, çocukların bakım ve terbiyesiyle ilgili genel hükümler vardır. Bu konuda hadisler ve Hz. Peygamber devri uygulamaları da sınırlıdır. Klâsik fıkıh yazınındaki görüşlerin temeli her ne kadar bu aslî kaynaklar ise de, tarihsel süreç içerisinde hidâne, mezhep hukukçularının kendi görüşlerini de yansıtacak şekilde farklılık göstermiştir¹¹.

Çocuğun bakım ve terbiyesi evlilik içinde iken, eşler tarafından birlikte yerine getirilen bir sorumluluktur¹². O nedenle hidâne hakkı, daha çok boşanma durumunda önem kazanmakta ve genellikle ayrılıktan önce ve sonra annenin, çocuğun bakımını üstlenmeye en uygun ebeveyn olduğu düşünülmektedir¹³. Farklı hukuk sistemleri çocukların bakımı ve nafakasının sağlanması için değişik yöntemler belirlemişlerdir.

mükellef olan kişiye *hidâne velisi* denmektedir (Ekinci, s. 461).

⁸ Bilmen, C. 2, s. 421.

⁹ Serahsî, C. 5, s. 327; Bakır, s. 261. Hidâne ile ilgili Kitap, Sünnet, İcmâ ve Kıyasta deliller vardır (Halebî, C. 2, s. 163). Ayrıca bkz. Ansay, s. 239; Cin, s. 118; Aydın, Aile, s. 54; Aydın, Tarih, s. 294; Çiğdem, s. 112. Ekinci, çocukların nafakasının babasına ait olduğu gibi, terbiyesinin de öncelikle babasının mükellefiyetinde olduğu kanaatini belirtmiştir. Evlilik içinde, babası olmayan çocuğun hidâne velisi annedir (Ekinci, s. 461).

¹⁰ Bilmen, C. 2, s. 453; Ansay, s. 239; Demir, s. 358.

¹¹ Bardakoğlu, Hidane, C. 17, s. 467; Paçacı, Hidâne, s. 254.

¹² Aydın, Aile, s. 54; Aydın, Tarih, s. 294; Demir, s. 358; Bardakoğlu, Hidane, C. 17, s. 467; Avcı, s. 305; Karaman, Anahatlarıyla, s. 357.

¹³ Halebî, C. 2, s. 163. "Bir kadın bâin talâkla boşandığında veya kocası öldüğünde, kadının küçük erkek ve kız çocukları varsa kadın onlara bakma konusunda öncelikli hak sahibidir" (Tahâvî, s. 433).

2. Hukukî Niteliği ve Ücreti

a. Hukukî Niteliği

Dünyaya gelen çocuktan doğal olarak anne ve babası, bunlar yoksa akrabaları sorumludurlar. Hidânenin, çocuğa bakan kişi bakımından bir hak mı yoksa görev ve sorumluluk mu olduğu konusunda doktrinde tartışma vardır. Eğer hak ise, çocuğa ait bir hak mı yoksa anneye ait bir hak mı olduğu sorusuna da cevap vermek gerekmektedir. Hak sahibinin bu hakkını çeşitli hukukî veya idarî yollarla takip edebilmesi gerekmektedir.

Normal şartlar altında çocuğun bakımını annenin üstlenmek istemesi doğaldır. Ama her zaman bu mümkün olmayabilir. Çocuğa bakmanın bir hak olduğunu düşünenlere göre, bakım yükümlüsü bu hakkını kullanmak istemezse, kullanmaya ve çocuğa bakmaya zorlanamaz. *Ebû Hanife*, *İmam Şâfiî*, *İmam Ahmed bin Hanbel* ve *İmam Sevrî* bu görüştedir. *İmam Mâlik*'in de aynı görüşte olduğuna ilişkin bir rivayet vardır. Bu görüş taraftarları annenin hidânenen aciz olma ihtimalini de düşünerek ona bu hakkından vazgeçme veya kabul etmeme seçeneğini tanımlıdır¹⁴.

Hidânenin görev olduğu kabul edilirse bakma yükümlüsü olan kişi, bu işi yapmaya zorlanabilmektedir (icbar). Nitekim bir çocuğu dünyaya getiren anne açısından onu bakıp büyütme çocuğuna karşı birincil ve en önemli görevdir¹⁵. Ancak bakma yükümlüsü ve müsait durumdaki bir anne varken, bundan kaçınması durumunda, annenin icbar edilip edilemeyeceği konusu önem taşımaktadır. Bir çocuğun bakımı, bu işin niteliği gereği istek, sevgi ve şefkatle yapılması gereken özel bir faaliyettir. İstemeyene yüklemek, çocuk için sakıncalı sonuçlar yaratabilir.

İmam Mâlik'ten meşhur bir rivayette, bu hukukçu örfe atıf yaparak çocuk emzirme âdeti bulunmayan şerefli bir kadının hidâneye zorlanamayacağını (icbar) belirtmiştir. Ancak kadın, emzirme âdeti olan bir kişi ise, icbar edilebilecektir. Aynı sonuç hidâne için de geçerlidir¹⁶.

Söz konusu görüşün kısaca değerlendirilmesinde yarar görülmektedir. Çünkü buna göre hidâne hakkı çocuğun değil, kadının açısından ele alınmıştır.

¹⁴ **Ez-Zeyle'î**, Tebyin, III, s. 47'den aktaran **Baktır**, s. 275-276, dñn. 72. Ayrıca bkz. **Zuhaylî**, C. 10, s. 47.

¹⁵ **Halebî**, C. 2, s. 166; **Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 467; **Akgündüz**, s. 273; **Cin-Akgündüz**, s. 536; **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 358. **Ebû Zehrâ**, el-Ahvâl, s. 439; Tac, 432-433'ten aktaran **Aydın**, Aile, s. 55.

¹⁶ **Bilmen**, C. 2, s. 454.

Çocuğa bakıp bakmama, annenin önceliğine ve tercihine bırakılmıştır. Örf âdete atıf yapılmıştır. Muhtemelen o devirde çocuk emzirme, soylu ve varlıklı bir annenin yapması âdet olmayan; bu yüzden de para karşılığı sütanne tutularak yaptırılan bir işti. Anne sütünün çocuk için ne denli önemli olduğu ve her çocuğa özel olarak kendi annesinde üretildiği bilinmiyordu. Örfе atıf olduğuna göre, bu konuda toplumda benimsenen yaygın bir örf-âdet vardı.

İbn Âbidin ise karma bir görüş benimseyerek hidânenin, hem annenin hem de çocuğun hakkı olduğunu belirtmiştir. Çocuğu ile bizzat ilgilenmek ve ondan ayrılmamak, bir annenin en doğal hakkıdır. Buna dayanılarak baba veya bir üçüncü kişinin, çocuğu anneden almasının mümkün olmadığı sonucuna varılabilir. Anne dışındaki hidâne sahibinin çocuk üzerinde herhangi bir hakkı bulunmamaktadır. Buna rağmen bakım yükümlüsü olarak belirlenen kişi de bu görevi yerine getirmek zorundadır. O hâlde kendisinin bakılıp büyütülmesini istemek, çocuk bakımından da bir haktır¹⁷. Velîsi olmak sıfatıyla, çocuğunun bakım ve terbiyesi en az anne kadar babayı da ilgilendirmektedir¹⁸. Bu yönüyle bizzat çocuğa ve velisine tanınmış bir talep hakkı verdiği söylenebilir. Klâsik hukuk kaynaklarının bazılarında hidânenin bu yönüne vurgu yapılarak bir tür *kefâlet* olduğunu söyleyenler de bulunmaktadır¹⁹.

Nitekim *Ebussuûd Efendi*'nin de bu karma görüşü benimsediği konu ile ilgili bir fetvasından anlaşılmaktadır. Fetvaya konu olan olayda evli bir çiftin aynı zamanda çocukları da vardır. Erkek, eşini boşamıştır. *Ebussuûd Efendi*'den, kadına ait olan hidâne hakkı her hangi bir sebeple düşmüş olsa ve hâkim buna hükmetse, sonradan kadının çocuğun hidânesine yeniden sahip olup olamayacağı sorulmaktadır.

Ebussuûd Efendi bu soruya olumlu cevap vermiştir. Ona göre, hidânede –biri çocuğun, diğeri annenin olmak üzere- iki hak yarışmaktadır. Ancak bunlardan çocuğun hakkının anneninkine önceliği vardır. Hattâ ondan daha önemlidir. “Her ne kadar kadının hakkı düşmüş ise de ebedî olarak çocuğun hakkı da düşürülemez”²⁰.

¹⁷ **Baktır**, s. 277.

¹⁸ **Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 467; **Sâğirci**, s. 705-706. *Zuhaylî*, hidânede aynı anda üç hakkın birleştiğini belirtmiştir. Bunlar bakmak isteyenin, bakılacak olanın ve baba veya onun yerini tutan kişinin haklarıdır (**Zuhaylî**, C. 10, s. 48).

¹⁹ **Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 467.

²⁰ **İbn Âbidin**, el-İbâne An Ahzi'l-Ücreti Alâ'l-Hidâne, Resailü İbni Âbidin, İstanbul, 1325, s. 264-265'ten aktaran, **Baktır**, s. 277, dpn. 81. Hakkın düşme ve geri dönme (avdet) sebepleri için bkz. **Zuhaylî**, C. 10, s. 57, 58.

Sonuç olarak Hanefî mezhebi hidâneyi hem bir hak, hem de bir görev kabul etmiştir²¹. Çünkü hak sahipliğinin ilk sırasındaki kişi bu görevi ifadan kaçınırsa, çocuğa bakmaya istekli ve yeterli başka kişinin bulunması durumunda, ilk sıradaki kişi bakmaya zorlanamamaktadır. Bu nedenle hidânenin, görevden daha çok hak niteliği ön plâna çıkmaktadır. Çocuğun annesinden başka yakını yoksa anne, mecbur edilebilir. Anne bu hakkı kullanmaktan kaçındığı için sonra gelenlere başvurulur ve onlar da çocuğa bakmak istemezlerse, mecburen annenin zorlanması söz konusu olacaktır. Bu konuda hukukçular aynı kanaati paylaşmışlardır. Fakat anne dururken diğer kişilerin, onun çocuğuna bakmaya mecbur bırakılması doğru olmaz²².

b. Ücreti

aa. Genel Olarak

Bakma yükümlüsü olarak belirlenen kişi, çocuğun annesi değil ise, bakım görevini ifa ettiği için bir ücrete hak kazanmaktadır. Fakat annesi ise, iki ihtimal söz konusudur. Hukukçuların çoğunluğuna göre anne, evlilik devam ettiği müddetçe çocuğa bakması karşılığında ücret alamaz²³.

Anne, eğer çocuğun babasından ayrılmış ise doktrinde farklı görüşler vardır. Kural olarak anne, babadan ayrılmış ve iddetini tamamlamışsa, çocuğa baktığı için ücrete hak kazanabilir²⁴. Ücret, eğer varsa, öncelikle çocuğun malvarlığından ödenir. Çocuğun kendi malı yoksa hidâne ücretini nafaka yükümlüsü ödemelidir. Ücrete, içinde yaşanılan evin kirasının da dâhil olup olmayacağı tartışmalıdır²⁵.

²¹ **Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 467. Hidânenin hak, yetki ve sorumluluk olduğu görüşü hakkında bkz. **Avcı**, s. 304; **Aydın**, Aile, s. 55. Hak olduğunu kabul edilip, bu hakkın nasıl kullanılacağına dair tez için bkz. **Esra Şimşek**, İslâm Aile Hukukunda Kadının Hak Arama Hürriyeti, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.

²² **İbn Nüceym**, el-Bahr, IV, s. 180'den aktaran **Baktır**, s. 276.

²³ **Bilmen**, C. 2, s. 469; **Zuhaylî**, C. 10, s. 60; **Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 470; **Akgündüz**, s. 273; **Cin-Akgündüz**, s. 536; **Cin-Akyılmaz**, s. 449; **Avcı**, s. 305.

²⁴ Hidâne altındaki çocuğun masrafları önce kendi malları varsa buradan karşılanır. Bu konuda hukukçular aynı kanaati paylaşmışlardır (**Kadri Paşa**, I-II/334; **Zuhaylî**, C. 10, s. 61; **Cin-Akyılmaz**, s. 450). Ayrıca annenin evi yoksa bir ev tahsis edilir ve giderler çocuğun nafakasından karşılanır (**Zuhaylî**, C. 10, s. 61; **İbn Âbidin**, VII/261; **Behcetü'l-Fetâvâ**, s. 125'den aktaran **Şimşek**, s. 101).

²⁵ **Abdü'l-Hâmid**, s. 409-410; **Şa'ban**, s. 628'den aktaran **Aydın**, Aile, s. 55, dñn. 291. Ayrıca bkz. **Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 470; **Akgündüz**, s. 273; **Cin-Akgündüz**, s. 536; **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 359.

İslâm hukuk sisteminin aile hukukunu düzenleyen kurallarının genel çerçevesi düşünüldüğünde eş ve çocukların masrafı kural olarak babanın sorumluluğundadır. Kadının hem çocukla ilgilenmesi, hem de çalışıp nafaka sağlamasını beklemek, onun için ağır bir yük olabilir. Küçük bir çocuğun bakımı bir kişinin tüm gün ve bazen gecelerini alacağından maddî imkânsızlık da vardır. Ancak kadının kendi malvarlığı yeterli ise çocuğun nafakasını kendi de karşılayabilir. Yukarıda sözü edilen hukukî kurallar eşler arasında aksine bir anlaşma olmadığı durumlarda veya tarafların sorumluluk üstlenmediği hâllerde geçerli olmaktadır.

bb. Hidâne Ücretinin Nafaka ve Emzirme Ücretinden Farkı

Hidâne ücreti, emzirme ve nafakadan farklıdır. Çünkü emzirme ücretinin zamanı emme yaşıyla sınırlıdır; çocuk süt emme yaşını geçmişse bile hidâne altında olabilir. Hidâne süreci tamamlanıp çocuk babaya verildiği zaman, şartlar gerektiriyorsa, çocuk nafaka alacaklısı olmayı sürdürebilir.

Bazı hukukçular, annenin veya anne dışındaki yakının hidâneyi uygularken ücret talep edemeyeceğini savunmuşlardır. Ancak bakım yükümlüsü fakir ve çocuğun da malı varsa, çocuğun nafakasını bu maldan temin etmek uygundur. Fakat bu, hidâne karşılığı bir ücret değil, başlı başına çocuğun nafakasıdır²⁶. Hidâne ücreti olarak anneye tahsis edilmesi gereken ücretin hukukî niteliğinin nafaka olduğunu kabul eden görüşler olduğu gibi aksine, hidâneyi bakıcı tarafından görülen bir hizmet şeklinde düşünenler de olmuştur. O yüzden bakmanın karşılığına “ücret” denmiştir. Nafakanın toplam olarak hidâne ücreti, emzirme ücreti ve ayrıca yeme içme, sağlık ve mesken masraflarından oluşan bir bütünlük mü olduğu, yoksa yiyecek, tedavi, giyecek, eğitim, mesken ve hizmetçi masraflarının hidâne ücretinin kapsamında mı bulunduğu konusuna açıklık getirilmesi gerekmektedir.

cc. Boşanma Şeklinin Hidâne Ücretine Etkisi

Evlilik birliğinin sona ermesiyle beraber, hidâne hakkını elde eden anne, çocuğun bakım, gözetim ve terbiye masraflarını babadan alma hakkına sahiptir²⁷.

Hidâne ücreti ödenip ödenmemesinde boşamanın türü de önemlidir. Eğer ric’î talâk²⁸ söz konusu ise anne, ric’î talâk iddeti süresinde hidâne ücreti

²⁶ Malîkî doktrinin bu görüşü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 470.

²⁷ **Bilmen**, C. 2, s. 453.

²⁸ *Ric’î Talâk*; kadının boşanmak istemeyip, erkeğin onu talâkla boşaması hâlinde erkeğe yeni

alamaz. Bu dönemde eşini ric'î talâk ile boşanmış olan koca, bu kararından pişmanlık duyar ise geri alabilmekte ve evlilik birliği, yeniden bir nikâh kıymaya gerek bulunmadan, kaldığı yerden devam edebilmektedir. Bu nedenle cayma süresi boyunca koca, kadın ve çocukların nafakasını öder.

Ayırıcı boşama (bâin talâk) ile boşanan veya kocası ölmüş olan kadının çocuğuna bakma hakkı vardır²⁹. Ayrıca bâin talâk söz konusu ise -boşanma durumu kesin olduğundan- kadın, çocuğa bakma karşılığında ücret de alabilir. Bunun nedeni, çocuğun babasından kesin olarak ayrılmış bulunan annenin artık eski eşinin nafaka yükümlülüğü altında olmamasıdır³⁰. Kadına hem nafaka hem de hidâne ücreti ödemek koca bakımından hakkaniyete uygun görünmemektedir. Ancak çocuk varsa bunun, babasının karşılaması gereken, kendine özgü masrafları olacaktır. Böylece kadın bakım masrafını kocadan talep edebilecektir.

çç. Babanın Ücret Ödeme İmkânının Bulunmaması

Anne çocuğun hidânesini üstlenmeyi, mutlaka ücret karşılığında kabul etmekte fakat babanın bunu karşılayacak imkânı yok ise, anne iki seçenek arasında tercih yapmak durumunda kalabilir. Birinci seçenek, ücretsiz bakmayı kabul etmektir. İkincisi ise hidâne hakkını, ücretsiz kullanmayı kabul eden bir başka hak sahibine devretmektir. Anneden başka hidâneyi kabul edecek kimse bulunmazsa anne hidâneye zorlanır. Bu durumda ücret alamaz. Çünkü kendi çocuğuna bakmakla dinî açıdan üzerine düşen bir görevi yerine getirmektedir³¹. Çocuğun bakılmasının dinî açıdan niteliği vâcib olmasıdır. Çünkü bakılmayan çocuk hayatta kalmaz. Bu nedenle hem gereken masrafın yapılması hem de korunup gözetilmesi gerekmektedir³².

bir nikâha ihtiyaç bulunmadan tek taraflı irade beyanı ile boşadığı eşine dönebilme imkânı veren talâktir. Koca, kadın iddet içerisinde iken açık bir beyanla eşine geri döndüğünü söyleyerek veya fiilen geri dönerek evliliğin kaldığı yerden sürmesini sağlayabilir. Ric'î talâkta evliliğin iddet bitimine kadar devam ettiği kabul edilmektedir (**Paçacı**, Ric'î Talak, s. 557). Ayrıca bkz. **Aydın**, Aile, s. 39; **Aydın**, Tarih, s. 295.

Bâin Talâk; kadının boşanmak istemeyip, erkeğin onu talâkla boşaması hâlinde erkeğin bu kararından cayarak evliliği kaldığı yerden sürdüremeyeceği türden ayırıcı ve kesin talâktir. Koca tekrar eski eşine geri dönmek isterse yeniden nikâh kıyılması gerekmektedir (**Paçacı**, Bâin Talak, s. 53-54). Ayrıca bkz. **Aydın**, Aile s. 40; **Aydın**, Tarih, s. 295.

²⁹ **Tahavî**, s. 433; **Baktır**, s. 272.

³⁰ **Merginânî**, C. 2, s. 163; **Ansay**, s. 240; **Aydın**, Tarih, s. 295; **Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 470; **Akgündüz**, s. 273; **Cin-Akgündüz**, s. 536.

³¹ **İbn Âbidin**, Hâşiye, III, s. 560'tan aktaran **Baktır**, s. 283. Hanefî görüşün farklı yaklaşımları için bkz. **Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 470; **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 357.

³² **Zuhayfî**, C. 10, s. 46.

C. Hakkı Kullanacak Olanlarda Aranan Nitelikler

1. Hak Sahipleri

Annesinin bedeninden yeni ayrılmış bir bebeğin, gerek emzirme gerekse fiziksel temasa olan ihtiyacı açısından biyolojik olarak annesine yakın olması zorunludur. Bu yüzden hidâne hakkını kural olarak anne kullanmaktadır³³. Ancak bu emredici bir kural değildir. Eğer anne yok veya bu görevi yerine getiremeyecek bir hâlde ise, çocuğa bakıp büyütecek bir yakınının görevlendirilmesi; çocuğun hiçbir akrabası yoksa, bu işi devletin üstlenmesi gerekmektedir³⁴.

Öncelikle hidâne hakkının kullanılmasında hanım akrabalar esas alınarak, boşluk olmayacak biçimde bir sıralama yapılmıştır. Anne ölmüş ya da hâdinede aranan şartlara sahip değilse veya kendisi bu hakkını kullanmak istemezse, bu hak önce anneanne ve sırasıyla varsa, onun da annesine geçmektedir³⁵.

Yukarıda sayılan kimselerin hidâne için müsait olmaması durumunda hidâne hakkı, babaanneye geçer. Babaannenin de bulunmaması durumunda, anne tarafından diğer kadın akrabalar hidâne hakkını kazanırlar. Hanefî doktrinde, hadisler doğrultusunda³⁶, teyzeye öncelik tanıma eğilimi vardır. Ebû Hanife'ye atfedilen bir aktarıma ve İmam Muhammed ve İmam Züfer'e göre teyze, baba-bir kız kardeşten önce gelmektedir. İmam Züfer, teyzenin babaannenin de önünde yer aldığı kanaatindedir.

Eğer bunlar yoksa veya uygun değilse, çocuğun bakım sorumluluğu babaya verilmektedir. Görüldüğü gibi öncelik sıralamasında başta kadınlar gelmekte, kadın akraba yok ise veya uygun değilse, ardından erkeklere geçilmektedir³⁷.

³³ Annenin öncelik sebebi emzirme ve hidâne velayetine sahip olmasıdır.

³⁴ Ehliyetsizlerin ve toplumun korunması bağlamında bkz. **Hatemî**, s. 85.

³⁵ **Bilmen**, C. 2, s. 455; **Zuhaylî**, C. 10, s. 48. *Bilmen*, hakkın geçiş sırasını öncelikle anneanne, onun annesi... babaanne, onun annesi... ana-baba bir kız kardeşler, ana-bir kız kardeş, baba-bir kız kardeş, aynı sıra ile kız kardeşlerin kızları, ana-baba bir teyzeler, ana-bir teyzeler ve baba-bir teyzeler, baba-bir kız kardeşin kızıdır. Bunlardan sonra ana-baba bir erkek kardeşin kızları, ana-baba bir halalar, ana-bir hala, baba-bir hala gelmektedir. Aynı düzene göre annenin halaları ve babanın halaları yer almaktadır (**Bilmen**, C. 2, s. 456, 458). Bazı kaynaklarda hala yerine "amme" sözcüğü kullanılmıştır (**Bilmen**, C. 2, s. 455, 469).

³⁶ Hz. Peygamber, "Teyze de anne hükmündedir" demiştir (**Merginânî**, C. 2, s. 152; **Serahsî**, C. 5, s. 332-333; **Baktır**, s. 274). Üç-dört yaşlarında olan küçüğün hidânesinin teyzesine mi, yoksa babasına mı geçeceği sorulduğunda, teyzeye geçeceğini bildiren fetvâ için bkz. *Feyziyye*, No: 577'den aktaran, **Avcı**, s. 305. Ayrıca örnek fetvâlar için bkz. **Halebî**, C. 2, s. 164. Ayrıca bkz. **Baktır**, s. 273.

³⁷ Asabelerdeki sıra; baba ve dede, erkek kardeşler, erkek kardeş oğulları, amcalar,

Hidâneyi kimin kullanacağında, çocuğun cinsiyeti de önemlidir. Çocuk erkek ise, çocuğun hidânesini üstlenen kadın, çocuğun mahremi olmalıdır. Örneğin, amcakızı, dayıkızı, teyzekızı ve halakızları erkek çocuğun, belirli bir yaştan sonra bakım ve terbiyesini üstlenmezler³⁸.

Eğer her iki yanda da bakacak kimse bulunamazsa, hâkime tercih hakkı tanınmaktadır. Kadınlar ve erkekler grubunda uygun yakın akraba bulunamaz ise, Ebû Hanife'ye göre çocuğun anne tarafından uzak akrabalarına (zevî'l-erham)³⁹ başvurulabilir. Hidâne hakkını kullanabilecek aynı derecede birden fazla yakın varsa, hâkim uygun olanı seçer. Diğer bazı mezhep hukukçuları bu durumda, en başta hâkimin tercih hakkını kabul etmişlerdir⁴⁰.

2. Hak Sahiplerinde Aranılan Şartlar

Hidâne hakkını kullanacakların, genel ehliyet şartlarından başka, ayrıca özel bir ehliyete sahip olmaları gerekmektedir. Çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi bir insanın tüm hayatını etkileyecek sonuçları olan bir süreçtir. Doktrinde genel olarak çocuğun bakımını üstlenecek kişinin kadın veya erkek olması durumu ve şartları ayrı ayrı değerlendirilmiş, ancak ikisinde de aranılan ortak şartlar belirlenmiştir⁴¹.

amcaoğulları, babanın amcaları, dedenin amcalarıdır. Bunlar da yoksa sıra zevü'l-ehrama geçmektedir. Bunlar arasında, annenin babası, ana-bir erkek kardeş ve onun oğulları, ana-bir amca, ana-baba bir dayı, baba-bir dayı, ana-bir dayıdır. Bu grupta da uygun kişi yok ise sıra zevü'l-erham grubu mirasçılara geçmektedir (Bilmen, C. 2, s. 456). Ayrıca bkz. **Ebû Zehrâ**, Ahval, s. 432-433; **Abdü'l-Hâmid**, s. 407; **Tac**, s. 427'den aktaran **Aydın**, Aile, s. 54, dpn. 287; **Tahâvî**, s. 433; **Halebî**, C. 2, s. 163; **Zuhayfî**, C. 10, s. 51; **Ansay**, s. 240; **Akgündüz**, s. 273; **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 358; **Sâğircî**, s. 706.

³⁸ **Baktır**, s. 268. Diğer Sünnî mezheplerin görüşleri ile karşılaştırmak için bkz. **Bilmen**, C. 2, s. 457.

³⁹ *Zevü'l-erham*; İslâm miras hukukunda bulunan üç grup mirasçıdan, miras bırakana en uzak olan akrabalar. Eshâbü'l-ferâiz ve asabe grubunda mirasçı yok ise pay sahibi olabilen dört grup mirasçıya zevü'l-erham denmektedir (**Aydın**, Tarih, s. 319).

⁴⁰ **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 358; **Ekinci**, s. 461. *Bilmen* ve *Sâğircî*'ye göre, hidâne hakkına birden fazla kişi aynı derecede sahip olduğu zaman hâkim bu hakkı öncelikle en takvâlisına sonra en yaşlısına verir (**Bilmen**, C. 2, s. 456; **Sâğircî**, s. 707).

⁴¹ **Zuhayfî**, C. 10, s. 53.

a. Genel Şartlar

Çocuğun bakım ve terbiyesi ile görevlendirilen kişinin her şeyden önce akli başında, hür, ergenlik çağına gelmiş (bâliğ)⁴² ve güvenilir (emin)⁴³ olması gerekmektedir. Çocuğun canına ve malına ihanet etmeyecek bir kişi olmalıdır⁴⁴.

Bundan başka, kadın veya erkek olsun, bakacak olanın kendisinin, bedenen ve ruhen sağlıklı olması gerekmektedir. Çocuğun bakımını üstlenmesine engel teşkil edecek türden fizikî ve ruhsal anlamda bir hastalık veya engeli bulunmamalıdır⁴⁵. Ayrıca bakma yükümlüsü, çocuğun sağlık ve ahlâkını korumaya yetkin⁴⁶; çocuk bakımı ve büyütülmesiyle ilgili konularda bilgili, tecrübeli, sabırlı, dikkatli ve anlayışlı olmalıdır⁴⁷.

Hangi işlerin hidâne hakkını düşürüp düşürmeyeceğine karar verilirken daima çocuğa etkisi göz önünde tutulmalıdır⁴⁸. Bazı meslekler işin niteliği

⁴² Mâikîler ve ileri dönem Hanefîlerden kimi hukukçular, ergenlikten daha çok rüşt şartı üzerinde durmuşlardır. Reşit sayılabilecek kadar akli başında olup, henüz ergenliğe ulaşmamış (bâliğ) bir çocuğun da hidâne hakkını kullanabileceğini belirtmişlerdir (**Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 468). Ayrıca bkz. **Ansay**, s. 240; **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 357.

⁴³ **Zuhaylî**, C. 10, s. 54.

⁴⁴ **Bilmen**, C. 2, s. 461; **Zuhaylî**, C. 10, s. 55. Güvenilir olma şartı içinde dinî yükümlülüklerini yerine getirmek de vardır. Bu konuda mezhepler arasında farklı görüşler kabul edilmiştir (**Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 468). Ayrıca bkz. **Cin-Akgündüz**, s. 536; **Akgündüz**, s. 273; **Aydın**, Aile, s. 54.

⁴⁵ Hidâneye engel olacak hastalıkların neler olduğu doktrinde tartışmalıdır. Tarihte genellikle, alaca, cüzam gibi bulaşıcı hastalıklar, örnekleyici bir yöntemle sayılmıştır (**Baktır**, s. 267). Bunları sınırlı olarak saymak yerine somut olayda değerlendirilmek daha uygundur (**Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 468). **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 357. Örneğin, hidâne hakkı sahibinin gözleri görmüyorsa ve bu yüzden çocuğa gereği gibi bakamıyorsa hâkim kararıyla alınıp, başkasına verilebilir (Fetvâ için bkz. *Ali Efendi*, C. 1, s. 108'den aktaran, **Halebi**, C. 2, s. 164). Ayrıca bkz. **Baktır**, s. 266.

⁴⁶ Eski kaynaklarda bu şart “çocuk, yaptığından utanmayacak kadar fâsik olan birine teslim edilemez” şeklinde ifade edilmiştir. Çocuklar kendi yakınlarında bulunanları rol model seçip taklit ederler. Bu nedenle çocuğa bakan kişinin düzgün davranan, iyi ahlâklı biri olması çok önemlidir. Örneğin, çocuğun hırsızlığı meslek edinmiş bir kimseye teslim edilmemesi gerekir.

Bazı hukukçular “fâsik” ifadesinden “kadının her zaman evden çıkıp gitmesi ve çocuğu terk etmesi”ni anlamışlardır. Bu görüştekilere göre çocuk, onu bakmakla yükümlü olanın gözetimi altında emanet sorumluluğundadır. Eski kaynaklarda bu konuya örnek meslekler olarak kadının ölü yıkayıcılığı yapması ebelik veya tellaklık gibi gecesi gündüzü olmayan ve tüm zamanını alacak işlerle meşgul olması verilmiştir (Örnekler için bkz. **İbn Âbidin**, Haşiye, III, s. 556'dan aktaran **Baktır**, s. 267).

⁴⁷ **Ansay**, s. 240; **Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 469. Çocuğa iyi davranması ve beddua şeklinde kötü sözler sarfetmemesi gerektiğini belirten hadis vardır (**Zuhaylî**, C. 10, s. 47).

⁴⁸ **Baktır**, s. 267; **Şimşek**, s. 93.

gereği, çocuk bakımı ile uyuşmayabilir. Bazıları çocuk biraz büyüdükten sonra sorun yaratabilir. Bu ayrımların hâkim tarafından somut olayda, çocuğun lehine olacak şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir⁴⁹.

2. Özel Şartlar

a. Genel Olarak

Özel şartlar başlığı altında, bakım yükümlüsünün din ve inanç durumu, savurganlıktan dolayı ehliyet kısıtlılığı, yeniden evlenmesi, çocukla olan akrabalık derecesi ve çocuğun devamlı olarak oturacağı ikâmetgâhın tespiti gibi konular ele alınmalıdır.

Bakım yükümlüsünün din ve inanç durumu konusunda doktrinde farklı görüşler vardır. Müslüman, hem müslüman hem de Müslüman olmayanlar üzerinde hidâne hakkı sahibi olabilirken, Müslüman olmayanlar kendi dininden olanlar üzerinde bu hakkı kullanabilmişlerdir. Fakat Müslüman olmayanların, müslümanlar üzerinde hidâne hakkını kullanıp kullanamayacağı konusu tartışmalıdır⁵⁰.

Önemli olan, hidâne hakkını kullanacak kadının, çocuğu İslâmiyet'ten başka bir dine yönlendirmemesidir. Çünkü İslâm dini günlük ibadetleri olan bir dindir. Başka dine mensup bir kişiden tüm bunları çocuğa öğretmesi ve alıştırmasını beklemek –bakım yükümlüsünü kendi inanmadığı bir dinin esaslarını öğrenmeye zorlamak olacağından- hakkaniyete uygun düşmeyebilir. Dininin inanç esasları ile emir ve yasaklarının öğretilmesi “çocuğa bakanın, güvenilir olması” şartı kapsamında değerlendirilmesi gereken bir durumdur⁵¹.

Bakım yükümlüsü sefih (savurgan) ise doktrinde iki farklı görüş vardır. Bunlar savurgan kişinin, malvarlığını kullanmadaki davranış bozukluğu nedeniyle, ehliyetinin kısıtlanması gerektiğini düşünenler ve aksi kanaatte olanlardır. Sefihin ehliyetinin kısıtlanması gerektiğini düşünen hukukçulara göre, kısıtlama kararı hidâne ehliyetini de kaldırır. Aksi görüşte olanlara göre

⁴⁹ Diğer Sünnî mezheplerin aradıkları şartlar da yaklaşık olarak aynı esasları içermektedir. Karşılaştırmak için bkz. **Bilmen**, C. 2, s. 461. *İbni Abidin*'in görüşü için bkz. **Zuhaylî**, C. 10, s. 54.

⁵⁰ Müslüman olmayanların, zimmî (ehl'i-kitap) olup olmaması arasında fark gözetilmiştir (**Bilmen**, C. 2, s. 460). Hanefilere göre, zimmînin müslüman üzerinde hidâne hakkı, çocuğun kendini bilecek ve din eğitimi verilecek yaşa gelmesinden, genelde yedi yaşından, önce mümkün olabilir (**Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 468). Ayrıca bkz. **Merginânî**, C. 2, s. 153; **Tahâvî**, s. 433; **Akgündüz**, s. 273; **Paçacı**, Hidâne, s. 254; **Baktır**, s. 270.

⁵¹ **Serahsî**, C. 5, s. 333; **Ansay**, s. 240; **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 357; **Baktır**, s. 271.

ise, savurganlıktan dolayı kısıtlanan kişinin, para ve malının yönetimi ile ilgili olan bu davranış bozukluğu, çocuğun bakımı yetkisi olan hidâneyi etkilemez⁵².

Ancak hidâne hakkı sahibi, kendisine ödenen nafaka parasını çocuğun ihtiyaçları yerine, gereksiz başka yerlere harcayabilir. Bakım yükümlüsü her ne kadar müşfik de olsa çocuğa savurganlığı nedeniyle gereği gibi bakamayabilir. Savurgan hâdineye çocuk verilse bile sıkı bir denetim uygulanmalı, gerekli olduğunda savurganlık davranışının tedavisi yoluna gidilmelidir.

b. Anneye İlişkin Özel Şartlar

Hâdine kadın ise, evlenmemiş olmalıdır. Buna rağmen şartlar öyle gerektirmiş ve evlenmiş ise eşinin, çocuğun mahremlerinden biri⁵³ olması gerekmektedir⁵⁴. Bu şart, çocuğun korunması açısından bir önlemdir. Çünkü çocuk ile üvey baba evlilik içerisinde çok yakın bir irtibat içerisinde olacaklardır. Dolayısıyla babanın, hem çocuğa iyi davranması bakımından merhametli, hem de ahlâken son derece güvenilir bir kişi olması çok önemlidir⁵⁵.

Henüz boşanmış bir annenin, içinde bulunduğu duygusal hassasiyet düşünülürse, yeni evlendiği kişiyi tam olarak değerlendirememiş olma ihtimali de vardır. Çocuğun küçük yaşta yaşayacağı bir fiziksel ve/veya duygusal sarsıntı onun tüm hayatını olumsuz etkileyebilir. Bu yüzden çocuğun yararı ve hattâ daha ziyâde zarar görmemesi için tüm tedbirler alınmalıdır. Zaman geçtikçe bakım yükümlüsünün denetimi sırasında çocuğun ortamının ve beraber yaşamak durumunda olduğu diğer kişilerin psikolojik ve fiziksel durumlarında değişiklik olup olmadığı kontrol edilmelidir.

Sonuçta hidâne hakkı çok uzun süreli bir sorumluluk değildir. Kadın eğer hâlâ isterse sürenin sonunda da evlenebilir. Bu süreç içerisinde çocuğun durumu öncelikli olarak düşünülmelidir. Anne evli ise, hidâne hakkı anneanne, kız kardeş veya teyzeye geçmektedir⁵⁶.

⁵² **Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 468.

⁵³ Annenin evlendiği kişi, çocuk ile evlenme yasağı bulunan birisi olmalıdır. Bu, çocuk bakımından daha güvenli bir ortam yaratır (**Tahâvî**, s. 434; **Zuhaylî**, C. 10, s. 55). *Avcı*, anne evlenirse hidâne hakkını, amcanın kullanacağını belirtir. Bu konudaki örnek fetvâda, babası ölmüş bir çocuğun durumu ele alınmıştır. *Ebus-suûd Efendi*'nin fetvâsı için bkz. **Avcı**, s. 305.

⁵⁴ Hâdinenin, küçüğe nikâh düşecek, başka bir deyişle, aralarında evlenme engeli bulunmayacak kadar uzak olanlarla evli olmaması gerektiğini anlatmaktadır. Fakat gerektiğinde hâkim bu şartı taşımayan kadına da hidâne görevi yükleyebilmektedir (**Karaman**, Anahatlarıyla, s. 357). Ayrıca bkz. **Tahâvî**, s. 433; **Halebî**, C. 2, s. 164; **Serahsî**, C. 5, s. 332; **Ekinci**, s. 461; **Aydın**, Aile, s. 54; **Çiğdem**, s. 112; **Topal**, s. 264, dph. 66.

⁵⁵ Hz. Peygamber döneminde yaşanan örnek olaylar için bkz. **Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 469; **Sâğircî**, s. 705. Ayrıca bkz. s. 469. **Akgündüz**, s. 273; **Baktır**, s. 268.

⁵⁶ Örnek fetvâlar için bkz. **Ansay**, s. 239, dph. 471. Annenin evlenmemiş olması şartı için bkz.

b. Babaya İlişkin Özel Şartlar

Eğer hidâne hakkını kullanacak olan erkek ise, çocuğun korunması için gereken ek şartlar burada da aranmaktadır. Hidâne hakkını kullanacak olan erkek, çocuğun mirasçısı olacak derecede yakını (asabe) olmalıdır. Bazı hukukçular erkeğin yanında çocuğa bakacak bir kadının bulunmasını ararken, bazıları ise kız çocukların hidânesinin erkeğe verilmesini uygun görmemişlerdir⁵⁷.

Hidâneyi üstlenecek olan bir erkekse, onun küçüğe yabancı bir kadınla evli olması sonucu etkilememektedir. Hattâ yanında çocuğu bakacak eşi, annesi veya yardımcı bir kadın çalışmanı bulunmalıdır⁵⁸. Ancak kadın için gerekli olduğu düşünülen denetimler erkek bakım yükümlüsü için de yürütülmelidir.

Ç. Hidânenin Uygulanma Şekli, Yeri, Denetimi ve Sona Ermesi

1. Hidâne Hakkının Uygulanması

a. Hidâne Süresi İçinde

Kural olarak bakım ve gözetim sorumluluğu çocuğun kendi kendine yiyip içebilecek yaşa gelmesine kadar sürmelidir⁵⁹. Çocuğun bir başkasının yardımına muhtaç olma durumunun ortadan kalkmasına, *istiğnâ* denmektedir⁶⁰.

Kimi hukukçulara göre hidâne süresinin sona ermesi için çocuğun kendisini idare edecek durumda olması gerekmektedir. Bir çocuğun kendi kendine büyümesi beklenemez. Her dönemde çocukların karşılaşabileceği tehlikeli durumlar farklılaşabilir. Ancak hukukçular kural olarak yine de bir yaş belirlemişlerdir. Bazı hukukçular dokuz, bazıları ise on bir yaşın, hidânenin bitmesi için uygun olduğunu düşünmüşlerdir⁶¹. Bakılan çocuk erkek ise, 7-9, kız ise 9-11 yaşına kadar bakım yükümlüsünün gözetimi altında kalması gerektiği de ileri sürülmüştür. Bu sürecin sonunda çocuk, hayatını velisinin

Tahâvî, s. 433; Demir, s. 358.

⁵⁷ Bardakoğlu, Hidane, C. 17, s. 469.

⁵⁸ Bilmen, C. 2, s. 462; Zuhaylî, C. 10, s. 56.

⁵⁹ Tahâvî, s. 434; Serahsî, C. 5, s. 327. Bazı yazarlar bu konuda, “çocuğun tuvalet ihtiyacını yalnız başına giderebilmesi”ni ölçüt olarak almışlardır (*Kudûrî*, el-Kitab, III, s. 103'den aktaran Bakır, s. 279).

⁶⁰ Halebî, C. 2, s. 165.

⁶¹ Bakır, s. 279. Erkeklerde 7-9; kızlarda 9 veya 14 yaşa kadar olduğunu söyleyenler de vardır (Çiğdem, s. 113).

yanında devam ettirecektir⁶². Genel olarak Hanefî, Şâfiî ve Hanbelîler'in erkek için yedi, kız için dokuz yaşı yeterli buldukları söylenebilir⁶³.

Her çocuğun, başkasının yardımına muhtaç olmadan yiyip içmesi, giyinmesi ve zorunlu doğal ihtiyaçlarını gidermesi farklı yaşlarda gerçekleşebilir. Bu nedenle “dokuz veya on bir yaş” gibi belirlemeler mutlak değildir⁶⁴.

Ancak her hâlde bu süre zarfında da baba, çocuklarının eğitim ve gelişimleri için gereken nafakayı karşılamak durumundadır⁶⁵.

Hidâne yaş sınırı belirlenmemiş, bu konu içtihatlarla bırakılmıştır. Bazı durumlarda erkek çocuğun yetişkin oluncaya, kızın evleninceye kadar annesinin yanında kalmasına izin verilmiştir. Somut olayın özelliği gerektiriyorsa, kız evlenene kadar babanın yanında da kalabilir. Örneğin *İmam Mâlik*'e göre, erkek çocuk ergenliğe, kız çocuk evleninceye kadar annesi ile kalır. Şâfiî mezhebine göre, bakım yükümlüsünün görevi, erkek veya kız gözetilmeksizin, çocuk temyiz gücünü kazanıncaya kadar sürer. *İmam Şâfiî*'ye göre hidâne süresi dolunca çocuk anne veya babasından hangisinde kalacağını kendi seçebilir. *İmam Ahmed bin Hanbel* erkek çocuk bakımından *İmam Şâfiî*'ye katılmaktadır, fakat kız çocuk için aynı kanaati paylaşmamıştır⁶⁶.

Hz. Peygamber devrinde hidânenin kimde olacağı ile ilgili bir uyumsuzluk yaşanmıştır. Sözü geçen olayda eşini boşayan bir erkek, ortak çocuklarını eşinin elinden almak istemiştir. Oysa kadın, bir anne olarak çocuğun bakımını üstlenmek ve onun kendisiyle kalmasını talep etmiştir. Hz. Peygamber kadına, evlenmediği müddetçe çocuğun bakımı konusunda üstün

⁶² **Tahâvî**, s. 434; **Aydın**, Tarih, s. 295; **Aydın**, Aile, s. 55; **Akgündüz**, s. 273; **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 359. *Ansay*, bu yaşı kız için 9, erkek için 7 olarak belirtmiştir (**Halebî**, C. 2, s. 165; **Ansay**, s. 239; **Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 471; **Demir**, s. 358; **Ekinci**, s. 461). Bazı kaynaklarda erkek çocuklarda 7 veya 9 yaşına; kızlarda ise, 9 veya 14 yaşına kadar süreceği belirtilmiştir (**Üçok-Mumcu-Bozkurt**, s. 124; **Çiğdem**, s. 113). “7-9; 9-11” görüşü için bkz. **Döndüren**, s. 296.

⁶³ Müftâbih olan yedi senedir (**Bilmen**, C. 2, s. 463).

⁶⁴ **Avcı**, s. 305. *Ebû Yusuf*'ün, *İbrahim en-Nehâi*'den aktardığına göre, “çocuğun yeme, içme ve giymede annesine ihtiyacı kalmadığında baba ona bakmaya daha lâyıktır” (**Tahâvî**, s. 433; *El-Asar*, s. 158'den aktaran, **Sâğirci**, s. 706, dpn. 1981). Hidâne belli bir yaşın belirlenmediği ve konunun içtihatlarla bırakıldığı görüşü için bkz. **Topal**, s. 266.

⁶⁵ **Zuhaylî**, C. 10, s. 61.

⁶⁶ Hanbelî mezhebine göre, hidâne yedi yaşta son bulur. Kız çocuk ise evleninceye kadar babası ile beraber kalır (**Bilmen**, C. 2, s. 465; **Tahâvî**, s. 434; **Mergmânî**, C. 2, s. 153; **Serahsî**, C. 5, s. 328; **Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 471; **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 359; **Avcı**, s. 305; **Çiğdem**, s. 113). Konu ile ilgili hadis için bkz. **Bakır**, s. 287.

bir hakka sahip olduğunu bildirmiştir. Bu uygulamalara dayanan sonraki dönem hukukçuları velâyet hakkının babaya, hidâne hakkının ise anneye ait olacağına görüş birliğine varmışlardır⁶⁷.

Evlilik birliğinin sona ermesinden sonra çocuk kural olarak annede de kalsa, baba ve diğer aile fertleri ile kişisel ilişkisi sürecektir⁶⁸. Hidâne hakkı sahibinin çocuğun akrabalarıyla kişisel bağı koparmama ve hattâ gerektiğinde bu bağı kurmaya ve sürdürmeye yardım etme yükümlülüğü vardır⁶⁹. Özellikle baba aynı zamanda velî olduğu için çocuk ile sıkı bağılılığı bulunur. Bu nedenle mümkün olduğunca, herhangi bir mazereti olmadığı müddetçe, farklı şehirlerde yaşamamaları daha uygun olur.

Hanefî mezhebine göre, evlilik sonrasında çocuğun hidânesi anneye verileceğinden, bu hakkın kullanılma yeri, annenin aslı vatanı veya nikâh akdinin kurulduğu yerdir⁷⁰. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'den sadece nikâhın yapıldığı yerin esas alınacağına dair bir aktarım vardır⁷¹. Bu nedenle hidânenin kullanılacağı yer kural olarak anne ile babanın evlendikleri yerdir⁷².

b. Hidâne Süresi Dolunca

Ebû Hanife ve *İmam Mâlik*'e göre hidâne süresi sonunda erkek çocuk babaya verilmelidir. *Ebû Hanife* ve *Ahmed bin Hanbel*'e göre kız çocuk da babaya teslim edilmelidir. Kız çocuk ergenlikten sonra da babasının yanında kalmaya devam etmelidir. Erkek çocuk ise, anne ya da babasından birini

⁶⁷ Benzer bir olay Hz. Ebû Bekir'in halifelîği sırasında da yaşanmıştır. Bu olayda Hz. Ömer, oğlunu, boşadığı eşine bırakmak istememesine karşın, Hz. Ebû Bekir -Hz. Peygamber'in uygulamasını örnek göstererek- çocuk tercih yapacak yaşa gelinceye kadar, anne yanının daha uygun olacağını bildirmiştir (**Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 467-468). Ayrıca bkz. **Avcı**, s. 305.

⁶⁸ Boşanmış veya kocası ölmüş bir kadının, iddeti bitinceye kadar kanunî ikâmetgâhı, bulunduğu meskenidir. Mecelle'ye göre mehri ödenen kadının, kocasının meskeninde ikâmet etmesi gerekmektedir. Bu kural sonradan nikâh akdinin kurulduğu yer olarak değiştirilmiş ise de, Hukuk-ı Aile Kararnâmesi ile eski kurala dönülmüştür (Kanunî ikâmetgâh ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Akgündüz**, s. 65; **Cin-Akgündüz**, s. 462).

⁶⁹ Baba ve akrabaların çocuğu ne sıklıkta görebilecekleri konusu tartışmalıdır. Farklı görüşler için bkz. **Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 470; **Zuhaylî**, C. 10, s. 63.

⁷⁰ Bu esneklik sadece anneye tanınmıştır. Hidâne hakkını, anne dışındaki bir kadın kullanıyorsa ve çocukla birlikte yer değiştirmeyi planlıyorsa, velisinden izin almalıdır. Seçilecek ikâmetgâh, her hâlde baba/velînin çocuğu görmek istediğinde bir gün içinde görüp dönebileceği yakınlıkta olmalıdır (**Halebî**, C. 2, s. 167; **Merginânî**, C. 2, s. 154-155; **Tahâvî**, s. 434; **Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 469). Ayrıca bkz. **Sâgircî**, s. 707; **Baktır**, s. 281.

⁷¹ **Tahâvî**, s. 434. *Kâsânî*'nin delilleri için bkz. **Bedâi**, IV, s. 44'ten aktaran **Baktır**, s. 281, dpn. 106.

⁷² **Baktır**, s. 280.

seçebilir, ancak eğer isterse kendisine bağımsız bir aile de kurabilir. Savurgan veya akıl zayıfı olan evlat, kural olarak annesinin yanında kalmalıdır⁷³.

Kız çocuk, annesi veya babaannesi dışında birinin hidânesi altında ise erkek çocuk hükmündedir. Kendini idare edecek duruma geldiğinde, kendisini bakan kişinin yanından ayrılabilir. Çünkü bakım yükümlüsü, kendisine babasından daha yakın değildir. Ancak çocuk, anne ve anneanne dışında bir kadın tarafından bakılıyorsa, kız çocuğun bakımı dokuz yaşına girmesiyle birlikte ergenlik beklenmeden velîsine geçirilmelidir⁷⁴.

Kız çocuğun daha erken yaşta velîsine geçirilmesinin nedeni, onun korunması amaçlıdır. Erkek çocuğun ise, hem cinsel kimliğini kazanırken babasını rol model olarak alması, hem de bir an önce bir meslek edinmesinin baba yanında daha kolay olacağı düşüncesiyledir⁷⁵. Hanefilere göre, hidâne içinde iken çocuğun yanında kalacağı kişiyi seçme hakkı yoktur. Çocuk kendi lehine ve aleyhine olanı ayırt edemediği için, yararına olmasa da, kendisini hoş tutanı tercih edebilir⁷⁶.

2. Hakkın Kullanılacağı Yer

a. Genel Olarak

Evlilik süresince çocuğun bakım ve büyütülmesi işi normal şartlarda ortak ikâmetgâhta yerine getirilir. Evlilik sırasında anne veya babadan birinin uzun bir yolculuğa çıkması veya iş gibi sebeplerle ortak ikâmetgâhtan başka bir yerde yaşaması durumunda kimi hukukçular çocuğun yine de annesinin yanında, kimi hukukçular ise, ikâmetgâhta bulunan ebeveynin yanında kalmasını doğru bulmuşlardır⁷⁷.

⁷³ **Merginânî**, C. 3, s. 444; **Çiğdem**, s. 113. Ayrıca bkz. **Merginânî**, C. 2, s. 20.

⁷⁴ *Ebû Yusuf* ve *İmam Muhammed*'in görüşleri için detaylı açıklama ile çocuğun ergenliğe kadar hâdînede kalabileceği şeklindeki ikinci bir görüş hakkında bkz. **Bardakoğlu**, *Hidane*, C. 17, s. 471. Çocuk kız ise ergenlik çağına kadar annesi hidânede daha fazla hak sahibidir. Bu konuda kıyas terk edilmiştir. Kıyasa göre kız ve erkek çocuk eşit olmalıydı. Fakat kız çocuk kendi kendine yeter hâle gelse dahi gerek ev işlerinin ve yemek yapmanın öğrenilmesi gerekse hanımlarla bir arada olması bakımından annenin yanında bulunması daha uygundur. Ama evlenme çağına geldiği zaman babaya geçmelidir. Erkek çocuk için ise kendi kendine yettikten sonra baba yanı daha uygundur (**Serahsî**, C. 5, s. 328).

⁷⁵ **Bilmen**, C. 2, s. 463.

⁷⁶ **Bedâyi**, **Hindiyye**, **Redd-i Muhtar**'dan aktaran, **Bilmen**, C. 2, s. 457. Hanefî ve Şâfiî mezhepleri arasındaki görüş ayrılığının nedenleri için bkz. **Merginânî**, C. 2, s. 154. Ayrıca bkz. **Halebi**, C. 2, s. 167.

⁷⁷ **Bilmen**, C. 2, s. 466; **Bardakoğlu**, *Hidane*, C. 17, s. 469; **Ekinci**, s. 461; **Zuhayfî**, C. 10, s. 62 vd.

Boşanma durumunda ise kadın, iddet süreci boyunca ortak ikametgâhta kalmalıdır. Kocasını bu hakkını kadının elinden alamaz. Eğer ortak çocuk varsa ve kadın aynı zamanda hidâne hakkını da kullanıyorsa iddet sürecinde uzak bir yere gideceği zaman bu konuda eşi ile ortak karar alması gerekmektedir. Kadın, eşine hiçbir bilgi vermeden veya kabul etmesine gerek duymadan başka bir beldeye gidemez⁷⁸.

b. Nikâh Akdinin Yapıldığı Yer

Hidâne iddetten sonra da devam edeceği için bu aşamada kadın ve çocuğun nerede yaşayacakları önem taşımaktadır. Konuya ilişkin bazı genel sınırlar getirilmiştir. En başta annenin dârü'l-harpte yaşaması, çocuğun diğer eş ve akrabalarıyla kolayca kişisel iletişim kurmasını engelleyebileceğinden dolayı uygun bulunmamıştır. Mezhep hukukçuları ortaya çıkabilecek farklı durumları değerlendirmişlerdir⁷⁹.

Hidâne boyunca çocuğun, nikâh akdinin kurulduğu yerde kalabileceği genellikle kabul edilmektedir. Burasının, her iki tarafın birlikte yaşamayı ve çocuklarını büyütmeyi tasarladıkları yer varsayılması nedeni ile eşlerin üzerinde anlaştıkları kabul edilebilir. Ancak eşler ileride ortak ikametgâhları olarak görmedikleri bir yerde de evlenmiş olabilirler. O nedenle bu hususu her somut olayın özelliğine göre değerlendirmek gerekir.

c. Çocuğun Şehirden Köye Götürülmesi

Eski dönem hukukçuları, farklı örf ve âdetlere sahip olması nedeniyle çocuğun köyde ya da şehirde yetişmesinin, karakterini etkileyeceğini düşünmüşlerdir. Bu nedenle şehirden köye götürülmesi konusunu tartışarak farklı sonuçlara varmışlardır. Söz konusu bu farklı yaklaşım ve görüşlerin asıl amacı çocuğun yararına olanı tespit⁸⁰.

Çocuk geçici bir süreliğine hidâne altına alınmaktadır. Günün birinde kendi kendini idareye yeterli hâle geldiğinde kalıcı olarak velisinin yanına gidecektir. Köy ve kentlerde örf-âdetler ve yaşam şekilleri farklı olduğundan çocuğun, sonradan asıl yaşayacağı yere uyumunu zorlaştıracak ortamlarda bakılıp büyütülmesi doğru bulunmamıştır⁸¹. Çocuğun hangi âdetlere ve hayat

⁷⁸ **Baktır**, s. 280-281.

⁷⁹ Karşılaştırma için bkz. **Bilmen**, C. 2, s. 468.

⁸⁰ **Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 469. Hanefî görüşü için bkz. **Merginânî**, C. 2, s. 155; **Halebî**, C. 2, s. 167; **Tahâvî**, s. 434; **Sâğircî**, s. 707.

⁸¹ Anne çocuğa bakmak için şehirden köye götürmek isterse, Hanefîlere göre izin verilmez (**Bilmen**, C. 2, s. 467; **Tahâvî**, s. 434). İddet içerisinde kadının oturacağı evin, koca tarafın-

şekline göre yetiştirileceği hususunda öncelikle anne ve babası söz sahibidir.

Çocuk annesinin bakım ve gözetimi altında iken, baba eğer uzak veya yakın bir başka yere iş veya başka maksatlarla, geçici veya kalıcı olarak giderse, annenin hidâne hakkı düşmez⁸².

ç. Kadının Memleketi

Nikâh kadının memleketinde olmuş ise kocanın çocuklarının burada yetişebileceğini önceden kabul ettiği varsayılır ve kadın çocuğunu buraya götürebilir. Nikâh kadının aslî vatanından başka bir yerde olmuşsa, çocuğu da alıp aslî vatanına gidemez. Çünkü bu ihtimalde babanın, çocuğu kadının memleketinde yetiştirmesine rıza gösterdiği kesin değildir. Nikâh kadının aslî vatanında yapılmamış ve kadın çocuğu nikâh yapılan yere götürmek isterse, yine aynı sebeple götüremez. Kadın çocukları ile birlikte her iki eşin de ortak hiçbir bağı olmayan tamamen yabancı bir yere gitmek isterse, kalma süresi önem taşımaktadır. Eğer baba veya asabe bir gün içinde söz konusu yere gidip çocuğu görüp, onunla zaman geçirip, dönebilecekleri bir mesafede ise anne çocuğu buraya götürebilir. Çocuğun bu şartları taşımayan bir uzaklığa götürülmesi yasaktır⁸³.

Çocuğun bakılıp büyütüleceği evi sağlamak babanın görevidir. Ancak annenin kendi evi varsa, babanın ayrıca ev tahsisi gerekmez. Eğer ev kiralanacaksa, kira ücreti, çocuğun malı varsa, öncelikle oradan verilir. Yoksa kiranın nafaka yükümlüsü tarafından ödenmesi gerekmektedir. Anne başkasıyla evlenir ve büyükanne çocuğu üvey babasının evine bırakırsa, baba çocuğu büyük anneden alma hakkına sahiptir. Ancak büyük annenin kalacak evi yok ve baba ona bir ev sağlayamaz ise, baba çocuğu alamaz⁸⁴.

3. Denetimi

Bakım yükümlüsünün yapması gereken işler ve yükümlülüklerin başında çocuğu büyüme sürecinde takip ederek koruması, gözetmesi, terbiye etmesi, aslî ihtiyaçlarını karşılaması ve çocuğa kendi kendine karşılamayı öğretmesi gelmektedir. Ayrıca bakma kapsamında çocuğa okuma-yazma, ahlâk ve görgü kurallarının öğretilmesi; çocukluk çağında verilmesi gereken

dan sağlanması zorunlu olduğundan bu süre boyunca yaşanacak yeri koca belirlemektedir.

⁸² Hanefî hukukçular dışında kalan çoğunluk hukukçular aksi kanaattedirler (**Zuhaylî**, C. 10, s. 64).

⁸³ **Tahâvî**, s. 434; **Zuhaylî**, C. 10, s. 62; **Baktır**, s. 281.

⁸⁴ **Baktır**, s. 283.

dinî bilgi ve uygulamanın aktarılması; topluma uyumu için gerekli tüm kuralların öğretilmesi, okul zamanı geldiğinde tahsili için gerekli okullara yollanılması da yer almalıdır⁸⁵.

Bu görevler sorumlu kişiye yüklenmekle birlikte, çocuk ile bakım yükümlüsü kendi hâllerine bırakılmamalıdır. Çünkü hakkın kullanımı, bir kişinin tek başına üstlenemeyeceği kadar sabır isteyen, zorlu ve uzun soluklu bir süreçtir. Bazen anne baba birlikte iken bile aşılması zor engeller ortaya çıkabilir. Evlilik birliği içinde karı kocanın birbirlerine gerek maddî gerek manevî destek olarak bu zorlu durumları aşmaları daha kolay olabilir. Tüm bunların atlatılması konusunda hukuk düzeni bir eşi –hattâ bazen ana baba dahi olmayan bir kişiyi- görevlendirmektedir. Bu nedenle bakım yükümlüsü, baştan belki çok isteyerek kabul ettiği bir sorumluluğu zaman içerisinde taşımaktan aciz hâle gelebilir. Bu da bakım yükümlüsünün her aşamada denetlenmesi; ihtiyaç duyduğunda desteklenmesi gereğini ortaya çıkarmaktadır.

Hidâne hakkına sahip olacıklarda ayrı ve özellikli bir ehliyet aranması, çocuğun gelişimi bakımından yeterli değildir. İkili bir denetim mekanizması uygun görülmüştür. Hem velinin hem de hâkimin bakım yükümlüsünü denetleme hakkı ve yetkisi vardır.

Ayrıca bakım yükümlüsünün, diğer ebeveynin çocuğu, her gün bir kez veya en geç haftada bir kez, göreceği şekilde şartlarını hazırlaması gerekmektedir. Eğer görüşme bakım yükümlüsünün evinde olmayacaksa, çocuğun uygun bir yere çıkarılması gerekir⁸⁶. Bu görüşmelerde karşı taraf çocuktaki olumlu ve olumsuz gelişmeleri de gözlemleyebilir.

Hâkim gerek kendisi gerekse velinin başvurusu üzerine yapacağı inceleme sonunda, gerekli gördüğü zaman bu hakkı, hidâneyi kullandıktan alıp bir başkasına verebilmektedir⁸⁷.

4. Sona Ermesi

Hidâne hakkı, hidâne süresinin dolması ile sona ermektedir. Doğumla başlayan bakım süreci, işin niteliği gereği, çocuğun başkalarının bakımına muhtaç olmayacak aşamaya gelmesine kadar sürer. Bunun için hidânenin biteceği belli bir üst yaş sınırı belirlemek zordur. Bu konuda da farklı görüşler

⁸⁵ **Ekinci**, s. 461.

⁸⁶ **Zuhaylî**, C. 10, s. 65.

⁸⁷ **Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 470; **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 358; **Avcı**, s. 305; **Paçacı**, Hidâne, s. 254.

vardır. İslâm hukukçuları, anne yanında geçecek olan hidâne süresinin, mümkün olduğunca kısa tutulması gereği üzerinde durmuşlardır⁸⁸.

Ayrıca bakma yükümlüsünün hidâne ehliyetinden tamamen yoksun kalması da bu hakkı sona erdiren bir diğer sebep olabilir. Tartışmalı olmakla beraber bakım yükümlüsü kadınsa, kadının çocuğa yabancı biri ile evlenmesi, çocuğun bakımı ile bağdaşmayacak bir hastalığa yakalanması veya bakım ve gözetim yükümlülüğünü ifadan aciz hâle gelmesi ile de bu hakkın süresi son bulabilir⁸⁹. Ancak burada bir hakkın ortadan kalkmasından değil bu hakkın fiilen kullanılamamasından veya kesintiye uğramasından söz edilmelidir. Anne bu konuda her zaman hak sahibidir. Hidâneyi kullanmasına engel olan bir hastalık vs. durum var ise bu ortadan kalktıktan sonra hakkını tekrar talep edebilir⁹⁰.

D. Benzer Hukukî Müesseselerle İlişkisi

1. Genel Açıklama

Hukukî temsil, velâyet, nafaka, hidâne ve emzirmenin, çocuğun iyiliğini sağlamak gibi bir ortak amacı vardır. Bu müesseseler hukukî sonuçları açısından babaya bir masraf ve/veya ücret ödeme yükümlülüğü getirdiğinden somut olayda genellikle birbiri ile iç içe olacak şekilde yer almışlardır. O nedenle çalışmanın konusu olan hidâne müessesesini benzerlerinden ayırt etmek gerekir.

2. Hukukî Temsil ve Hidâne

a. Genel Olarak

Genellikle hukuk düzenleri hukukî temsili, başkasının şahıs veya malvarlığı üzerinde sahip olduğumuz mutlak haklar şeklinde tanımlamışlardır. Eski hukukumuzda buna niyâbet-i şer'iyeye veya velâyet denmektedir⁹¹. Söz

⁸⁸ Bardakoğlu, Hidane, C. 17, s. 468.

⁸⁹ Halebî, C. 2, s. 164; Bardakoğlu, Hidane, C. 17, s. 470; Avcı, s. 305-306.

⁹⁰ Bilmen, C. 2, s. 457.

⁹¹ Velâyetin aynı zamanda kamu hukukunu ilgilendiren bir yönü de vardır. Yöneticinin veya kâdının halk üzerinde sahip olduğu velâyete *kamu/amme velâyeti* denmektedir. Velisi veya vasîsi bulunmayanların hukukî temsilcisi kâdî veya onun belirleyeceği bir kişidir. Bunlara kamu vekili anlamında *velîyyü'l-âmmе* denmektedir (Cin-Akgündüz, s. 459; Cin-Akyılmaz, s. 305). Ayrıca bkz. Aydın, Tarih, s. 222. Vekâlet ve niyâbet mukayesesi için bkz. Hatemi, s. 97.

Velâyetin, velâyet-i cerâim, velâyet-i kısas, velâyet-i kazâ, velâyet-i nikâh ve velâyet-i zâtiyye olacak şekilde diğer türleri de vardır (Paçacı, Velayet, s. 690; Aydın, Tarih, s. 269-270; Zeydân, s. 449).

konusu kavram, biri kişinin kendi şahsı üzerindeki velâyet, diğeri başka kişiler üzerinde sahip olduğu mutlak hakların kullanılmasını sağlayan velâyet olmak üzere ikiye ayrılmıştır.

Çalışmamızda ehliyetsiz veya eksik ehliyetli kimselerin, genellikle mümeyyiz olan ve olmayan küçüklerin, bakımı ve büyütülmesi; kişilik ve mal varlığı haklarının korunması; yararlarına olacak şekilde tüm hukukî işlemlerinin yapılması amacıyla hukukî sonuç bağlanan velâyet esas alınmıştır.

Fıkıhta velayet, kişilik hakları üzerinde (el-velâye ale'n-nefs) ve malvarlığı hakları üzerinde (el-velâye ale'l-mal) kurulabilir⁹². Kişiliğe ilişkin olan velâyet, çocuğun doğumundan itibaren kendi kendisini idare edinceye kadar olan gayrimümeyyizlik devresindeki bakım yükümlülüğü olup hidâne adını almaktadır. Buna karşın çocuğun, eğer istiyorsa, ileri tahsil aşamalarına devam edebilmesi, bir sanat öğrenmesi veya meslek eğitimine başlaması ve evliliği gibi hususlar babanın velayetine dâhildir⁹³.

Toplumsal hayatta küçüklerin dışında, akli yerinde olmayanlar, akli zayıflar ve diğer tüm âciz kişiler de işlerini idare edemeyecek durumdadırlar. Bu kimselere ihtiyaç hâlinde işlemlerinde yardımcı olmak üzere bir hukukî temsilci atanabilir. Yaptığı tüm hukukî işlemleri, temsil ettiği kişi adına yapan kimsedir. Kayımlık ve kanunî vekâleti de içeren hukukî temsilin kapsamı, çocukların velâyeti ve vesâyetinden daha geniştir⁹⁴.

b. Çocuklar Açısından Hukukî Temsil

Hukukta çocuğun temsili, bedenen olduğu gibi, akıl bakımından da henüz olgunlaşmamış olmasından dolayı kanunî bir zorunluluktur⁹⁵. Normal şartlarda akli gelişimin ergenlikle birlikte tamamlandığı kabul edilmektedir.

İnsan çocukluk çağında, hem biyolojik olarak yetersiz, hem de tecrübesiz ve kandırılmaya yatkındır. Bu nedenle bazı durumlarda babalar, malî konuları idare etmek üzere küçüğe bir yardımcı atayabilir. Hukukta malî konularda geçerli olan bu velâyet türü “vesâyet”, bu işi yapmakla görevli kişi ise “vasî” olarak adlandırılmaktadır⁹⁶.

⁹² **Ebû Zehrâ**, Velâyetü ale'n-nefs, s. 21'den aktaran **Topal**, s. 264. Başkası üzerindeki velâyetin can ve mala velâyet (kayımlık) olmak üzere ikiye ayrıldığı belirtilmektedir (**Zeydân**, s. 450).

⁹³ **Zuhaylî**, C. 10, s. 71.

⁹⁴ **Ansay**, s. 73; **Akgündüz**, s. 62; **Cin-Akgündüz**, s. 458.

⁹⁵ **Bilmen**, C. 2, s. 452.

⁹⁶ **Karaman**, Mukayeseli, s. 395-396. Kayımlık tâbiri için ayrıca bkz. **Zeydân**, s. 451.

Günümüzde vesayet eskiye oranla daha sınırlı bir anlam taşımakta ve velî ile birlikte vasî bir arada bulunmamaktadır⁹⁷. Çünkü hukukî temsile konu olan iş ve işlemler, “şahıs varlığının yönetim ve korunması ile ilgili olanlar” ve “malvarlığının yönetim ve korunması ile ilgili olanlar” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilkinin düzenleyen temsile *velâyet*⁹⁸; ikincisini düzenleyene ise *vesâyet* denmektedir⁹⁹.

Eskiden çocuğun baba ve dedesi gibi birinci derece yakınları, hem velâyet hem vesâyet olmak üzere, her iki yetkiyi bir arada kullanabilmekte idi. Velâyet ve vesâyet yetkileri, eğer baba ve dede hayatta değilse, birbirinden ayrılmakta idi. Velâyet çocuğun “asabe binefsihî”¹⁰⁰ olan yakınlarına geçerken, baba ayrıca bir vasî atayabilirdi. Baba hayatta ise, çocuğun mallarını kendisi idare edebileceği gibi, bu iş için ayrıca bir vasî de belirleyebilirdi. Baba hayatta değilse, vasî tayin etme hakkı, dedeye, o da yoksa hâkime ait olmakta idi¹⁰¹.

Velâyet, reşid olan büyük bir kimsenin kendisi veya kısıtlı olan başkaları üzerinde zorla veya isteğe bağlı (cebrî/ihtiyarî) olarak, hukuk düzenince tanınmış geçerli şahsî ve malî tasarrufta bulunabilme yetkisidir. Velâyet hakkı, bir kişinin kendisi veya diğer bir kişi üzerinde hukuken sahip olabileceği tasarruf ve söz hakkı gibi mutlak haklardan birisidir. Velî, velîsi bulunduğu kişinin rızası gerekmeksizin, onun adına hukukî işlem yapabilir¹⁰².

Günümüz hukukunda, anne babası hayatta olan bir küçüğün mallarının yönetilmesinden velîsi olarak anne ve baba birlikte sorumludurlar (YMK m. 336). Medeni Kanun’un 336’ncı maddesinin birinci fıkrasına göre “Evlilik

⁹⁷ Topal, s. 263.

⁹⁸ *Velâyet* sözlükte, “idare etmek, düzenlemek, yaklaşmak, işini üzerine almak yardım etmek, sevmek, selâhiyet (yetki)” demektir. Sözcüğün dinî anlamı velîlik, ermişlik, sadâkat, dostluk, başkası üzerinde söz ve tasarruf hakkı’dır (Canbulat, s. 691).

⁹⁹ Aydın, Tarih, s. 222; Akgündüz, s. 64; Cin-Akgündüz, s. 460; Ekinci, s. 412; Karaman, Yeni Gelişmeler, s. 31.

¹⁰⁰ *Asabe binefsihî*, bir miras hukuku terimidir. Mûrise en yakın olan erkek tarafından akrabalarını ifade etmektedir. Miras bırakanın araya kadın girmemiş erkek akrabalarına binefsihî asabe denmektedir. Mûrisin altsoyu, üstsoyu, babasının altsoyu ve dedesinin altsoyundan gelen erkek akrabaları asabenin dört grubunu oluşturmaktadır, bunlardan daha yakın olanda bir mirasçının olması diğerlerini mirastan mahrum bırakmaktadır (Aydın, Tarih, s. 315; Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 137). *Asabe*, Hz. Peygamber devrinde diyet ve miras konusunda yakınlığı tanımlamada kullanılmıştır. Özellikle hatâ ile adam öldürmede, ölenin diyetini failin yerine ödemesi öngörülen, failin erkek tarafından olan akrabalarına (âkile) asabe denmiştir (Paçacı, Asabe, s. 32).

¹⁰¹ Karaman, Mukayeseli, s. 396.

¹⁰² Zuhayfî, C. 10, s. 70; Cin-Akyılmaz, s. 306; Paçacı, Velâyet, s. 690; Topal, s. 261.

devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar¹⁰³. Eşler boşanmışsa çocuğun velâyeti, hâkim tarafından ana babadan birine verilmektedir. Baba veya anne bu görevi yapamayacak durumda ise çocuğa bir vasî atanması yoluna gidilmektedir. Yine ilgili Medeni Kanun'un 352'nci maddesine göre, anne babanın küçüğün mallarının yönetimi, değerlendirilmesi ve işletilmesinde tam yetkileri vardır. Bu konuda her hangi bir denetime tâbî olmadıkları gibi her hangi bir yere veya makama güvence vermek zorunda da değildirler¹⁰³.

c. Velî ile Vasî Arasındaki Farklar

Velî ile vasî ilişkisi, hidâne hakkı sahibinin çocuğun malvarlığını da idare edip edemeyeceğinin tespiti bakımından önemlidir. Hukuken çocuğun doğal velîsi babasıdır. Babanın velâyeti, çocuğunun aynı zamanda hem şahıs, hem de mal varlığından sorumlu olmayı gerektirdiğinden vesâyeti de kapsamaktadır. Baba varken hukuk düzeninin ayrıca vasî belirlemesine gerek yoktur. Sonuçta, velî ve vasînin farklı kişiler olması, baba bulunmadığı durumda söz konusu olmaktadır. Babanın yokluğunda yetkili velî, kural olarak baba-dededir. Eğer dede de sağ değilse, sırayla asabe binefsihîde yer alan akrabalar velî olmaktadır¹⁰⁴.

Vesâyette durum farklıdır. Vasîlik sırası babadan sonra, onun atadığı kişiye geçer. Eğer baba tarafından bir kişi atanmamışsa yetkili vasî, baba-dededir. Ardından sıra, baba-dedenin belirleyeceği vasîye geçmektedir. En sonunda sıra hâkime ve onun belirleyeceği vasîye gelmektedir¹⁰⁵. Velîlik sıralaması, İslâm hukukçuları tarafından belirlenmiş, hâkime veya babaya, velîyi belirleme yetkisi tanınmamıştır. Buna karşın, vasîde ise belirli oranda da olsa, vasîyi belirleme hakkı tanınmıştır¹⁰⁶.

Osmanlı aile hukukunda babanın bulunmadığı durumlarda genellikle yetkili vasî olarak annenin tayin edildiği görülmektedir. Çocuğun malvarlığını anne yönetirdi¹⁰⁷. Hukukî temsilci olan kişi (velî/vasî), mallarını yönettiği

¹⁰³ 08. 12. 2001 tarih ve 4721 sayılı, Türk Medeni Kanunu, R.G. 24607, Düstur, Tertip: 5, C. 41.

¹⁰⁴ **Zeydân**, s. 450; **Aydın**, Tarih, s. 223, 315; **Bardakoğlu**, Hidane, C. 17, s. 468.

¹⁰⁵ **Aydın**, Tarih, s. 223; Mecelle m. 974. Bu sıralama Hanefî doktrine aittir. Malîkî ve Hanbelîlere göre babadan sonra onun atadığı değil, baba-dede gelmekte onu takiben babanın atadığı kişi vasî olmaktadır (**Zeydân**, s. 451).

¹⁰⁶ Bu konuda farklı mezhep görüşleri için bkz. **Aydın**, Tarih, s. 223. Babanın tayin ettiği vasîye *vasîyyü'l-muhtar* denmektedir (**Cin-Akgündüz**, s. 460; **Cin-Akyılmaz**, s. 307). Mecelle'de vasî sıralaması 974'üncü maddede yer almaktadır.

¹⁰⁷ Annenin vasî tayin edildiğine ilişkin Eyüp Şer'îyye Sicilleri'ne ait tereke kayıtları için bkz. **Aydın**, Tarih, s. 223, dph. 57. Ayrıca bkz. **Cin-Akgündüz**, s. 460.

küçüğün mutlak lehine olan tasarrufları kimseden izin almadan yapabilir; fakat kefil olmak, bağışlama yapmak ve ibrâ gibi mutlak aleyhine olanları asla yapamazdı. Satım gibi, hem lehe hem aleyhe olabilecek işlemleri ise -fahiş gabin olmamak şartıyla- yapabilirdi¹⁰⁸.

Hukukî temsilcide aranan şartlar; hür, akıl sahibi, bâliğ ve vesâyetini üstlendiği kimse ile aynı dinden olmaktır. Vasîde bu şartlara ek olarak, vasînin reşit ve emin bir kişi olması da aranmıştır. Başlangıçta bu niteliklere sahip olan hukukî temsilcinin sonradan bunlardan birini veya bir kaçını kaybetmesi durumunda velâyet veya vesâyet hakkı ve görevi düşerdi¹⁰⁹.

Osmanlı özel hukukunda babadan hemen sonra anne velî olamazdı, velâyet sırası asabe velîlerden sonra anneye geçerdi¹¹⁰. Anne, velî olmadığı durumlarda dahi hâdine olarak çocuğu bakıp büyütmek, terbiye ve temsil etmekle görevli kılınmıştır. Osmanlı Devleti'nde de hidâne, velâyetin aksine, öncelik hakkı anneye ve annenin kadın akrabalarına verilmiştir¹¹¹.

ç. Velî ile Hâdine Arasındaki Farklar

İslâm hukukunda, günümüzdeki velâyet müessesini karşılayan; velâyet ve hidâne olmak üzere iki ayrı kurum bulunmaktadır. Çocuğun mal varlığının idaresi, evlendirilmesi, korunup gözetilmesi gibi daha genel ve masraflı konular velâyet müessesesinin, terbiyesi ve eğitimi gibi daha özel konular ise, hidâne müessesesinin kapsamında değerlendirilmiştir. Velâyet konusunda genellikle baba ve baba tarafından erkek akrabalar, hidâne konusunda ise anne ve anne tarafından kadın akrabalar görevli ve yetkili kabul edilmişlerdir. Böylece çocuk boşanma gerçekleşmiş bile olsa, hem anne hem babadan yoksun kalmamakta, her iki tarafı da yanında hissetmektedir¹¹².

Somut olayda bazen çocuğun hidânesi de babada veya velîsinde olabilmektedir. Bu durumda baba, velî sıfatıyla çocuk adına hukukî işlem yapabilir. Aynı şekilde hâdine ve vasî anne ise, o da hukukî işlem yapabilir. Fakat hâdine, velî olmadığına göre, çocuk adına hukukî işlem yapıp

¹⁰⁸ Hukukî temsilcinin yapabileceği ve yapamayacağı hukukî işlemler hakkında bkz. Aydın, Tarih, s. 223-224. Vasiye, "malda velî" de denmektedir (Zeydân, s. 450, 453; Cin-Akgündüz, s. 461; Paçacı, Velayet, s. 690; Aydın, Tarih, s. 224).

¹⁰⁹ Aydın, Tarih, s. 223; Cin-Akgündüz, s. 459; Cin-Akyılmaz, s. 308.

¹¹⁰ Velî sıralamasında yer alan erkek akrabalar için bkz. Cin-Akgündüz, s. 459; Cin-Akyılmaz, s. 307.

¹¹¹ Aydın, Tarih, s. 223; Cin-Akgündüz, s. 461.

¹¹² Aydın, Tarih, s. 223, 269..

yapamayacağı sorusu akla gelebilir. Eğer hâdine aynı zamanda hukukî temsilci olarak da atanmışsa, hukukî işlemleri yapabilir. Ancak çocuğun, özel olarak idare edilmesi gereken bir malvarlığı varsa, velîsi bunun idaresi için ayrı bir vasî belirleyebilir. Bu durumda hukukî işlemleri vasînin yapması uygun olur.

Gayrimümeyyiz çocuğun yaptığı davranışın idrakinde olması beklenemez. Bu yüzden velinin kusuru/ihmaliyle bir zarar doğarsa, hukukî temsilcisi, kusuru oranında tazminata (diyet) mahkûm edilirdi. Aynı durum mümeyyiz küçük için de geçerlidir. Veliden kaynaklanan ihmal veya kast gibi bir sebeple, çocuğun aldatılması neticesinde malvarlığında bir azalma ve zarar ortaya çıkarsa velinin bu zararı tazmin etmesi sağlanmalıdır¹¹³. Velâyet görevini yerine getirmeyen bir babaya ta'zir cezası verilebilir¹¹⁴.

3. Nafaka ve Hidâne

a. Genel Olarak

Nafaka sözlükte “infak edilen şey, yaşamak için gereken azık/mal, harç, yenecek yemek, katık, mâîşet ve diğer zorunlu ihtiyaçların karşılanması maksadıyla şahsın kendisi ve aile fertleri için harcadığı her şeydir”. Sözcüğün terim anlamı kişinin geçimini üstlendiği kimseye yiyecek giyecek ve mesken sağlamasıdır. Kocanın nafaka sorumluluğu nasslarla düzenlenmiştir. Her aile kendi sosyal durumuna uygun şartlarda yaşama hakkına sahiptir. Nafakanın belirlenmesinde velînin ekonomik şartlarının önemi vardır¹¹⁵.

Hayatın olağan akışı içerisinde kişi kendi geçimini kendi kazancı ile veya malvarlığından sağlamaktadır. Ancak evlenme, çocuk sahibi olma ya da yakınlarından biri/birilerinin kendi geçimlerini sağlayamaması gibi durumlarda, bazen başkalarının da geçimini üstlenmek gerekir. Hukuk düzeni bu konuyu nafaka başlığı altında ele almıştır. Nafaka konusu, kaynaklarda kişiye kan bağı ile bağlı olanlara bakma anlamında (usûl, fûrû ve akraba) nafakası ve evlilik¹¹⁶ veya boşanma sonucunda eş ve çocuklara ödenmesi

¹¹³ Topal, s. 265. Ayrıca bkz. Cin-Akyılmaz, s. 309.

¹¹⁴ Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 125.

¹¹⁵ Cin-Akyılmaz, s. 415; Paçacı, Nafaka, s. 511; Şimşek, s. 38. “Kadr-i maruf nafaka” kavramı için bkz. Bilmen, C. 2, s. 473.

¹¹⁶ Bazı kaynaklarda evlilik nafakasına *zevciyet nafakası* da denmektedir (Ekinci, s. 450). İslâm aile hukukuna göre, kadın zengin, erkek fakirse bile eşinin tüm masrafları erkeğe aittir (vâcip) (Halebî, C. 2, s. 169-170; Merginânî, C. 2, s. 155; Tahâvî, s. 427; Ansay, s. 238; Ekinci, s. 450; Karaman, Yeni Gelişmeler, s. 30). Nafakanın miktarı zamana, yere, örf-âdetlere ve tarafların zenginlik durumlarına göre değişebilir. Konu ile ilgili ayet, hadis ve örnek olaylar için bkz. Kur'an, Talâk: 7; Merginânî, C. 2, s.155-156; Sâğirci, s. 696; Döndüren, s. 201,

gereken nafaka olmak üzere iki kısımda incelenmektedir. Boşanmadan sonra çocuğun bakımını üstlenen anne olduğu için, babanın da bu işin masraf kısmını üstlenmesi, yarar-zarar dengesi ve hakkaniyete uygun bir düzenleme gibi görünmektedir. Bu yönüyle nafaka müessesesi ile hidâne hakkı birbirini tamamlayıcı özellikler taşımaktadır.

b. İddet Nafakası, Fürû Nafakası ve Hidâne

aa. Genel Olarak

İslâm hukukunda kadının nafakası, evlilik sürdüğü müddetçe ve boşandıktan sonra ise, kadın iddet¹¹⁷ içinde iken ödenmektedir¹¹⁸. İddet bittikten sonra, tam ayrılma gerçekleşmekte, kadına bundan sonra nafaka ödenmemektedir¹¹⁹. Nafaka kapsamına yeme-içme, giyinme, mesken, barınma, tedavi, ilaç ve benzeri masraflar girmektedir¹²⁰. İddet bittikten sonra ise nafaka, çocuğun kendisi bakıma muhtaç olduğu müddetçe, baba tarafından ödenmeye devam edilmektedir.

Çalışmamızda hidâne ile karşılaştırılan nafaka, fürû nafakasından¹²¹ farklı olup, doğrudan doğruya boşanmaya bağlanan bir sonuçtur¹²². Çocuk küçük ise, “*Küçük çocukların nafakası yalnız babaya aittir. Babaya,*

287. Ayrıca âyetin açıklaması için bkz. **Karaman-Çağırıcı-Dönmez-Gümüş**, C. V, s. 392. Şâfiî mezhebine göre nafakanın tespitinde sadece kocanın durumu esas alınır (**Merginânî**, C. 2, s. 159; **Halebî**, C. 2, s. 172; **Döndüren**, s. 203).

¹¹⁷ *İddet*; sözlükte “saymak” anlamına gelmekte, hukukta ise, kocası ölen, boşanan (talâk), fiilen başlamış olan evliliği, fesih, tefrîk vb. bir sebeple son bulan kadının, başkası ile evlenmesi için geçmesi gereken süreyi ifade etmektedir (**Karaman**, Anahatlarıyla, s. 349). Ayrıca bkz. **Tahâvî**, s. 415; **Halebî**, C. 2, s. 135, 139; **Sâğircî**, s. 686; **Cin-Akgündüz**, s. 534-535; **Ekinci**, s. 460; **Şimşek**, s. 87.

¹¹⁸ İmam Şâfiî’ye göre üç talâkla veya hûl ile boşanmış kadına da nafaka gerekmez (**Çiğdem**, s. 111). Ayrıca bkz. **İmam Mâlik**, C. 1, s. 559.

¹¹⁹ Boşanmış kadın iddette iken nafaka ve ev hakkı vardır (**Merginânî**, C. 2, s. 162; **Halebî**, C. 2, s. 169; **Sâğircî**, s. 699; **Üçok-Mumcu-Bozkurt**, s. 120). İslâm’da nafaka sebepleri evlenme akrabalık ve mülkiyettir (**Merginânî**, C. 2, s. 171; **Şimşek**, s. 37).

¹²⁰ **Ansay**, s. 238; **Cin-Akgündüz**, s. 519. Farklı durumlar için farklı nafakalar öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sâğircî**, s. 698; **Ekinci**, s. 450-451; **Döndüren**, s. 202-204.

¹²¹ **Akgündüz**, s. 273. 1865 tarihli, *Kadri Paşa*’nın “El-Ahkâm eş-Şer’iyye fi’l-Ahvâli’ş-Şahsiye” adlı kanunlaştırmasında, hidâne hakkı “Çocuğun Ana babası Üzerindeki Hakları”nı düzenleyen İkinci Bâb, 365, 395-407’inci maddeler arasında yer almaktadır (**Akgündüz**, s. 1637 vd). Ayrıca bkz. **Ekinci**, s. 450-451.

¹²² Oysa fürû nafakası, evlilik sürerken, ihtiyaç hâsıl olursa, yaşı büyük çocuk veya alt-soya verilmesi gereği doğabilen bir tür nafakadır. Fürûdan birinin kendisini geçindirecek bir miktar parayı kazanmaya gücü yoksa, nafakası babasına (veya usûlüne/üst-soyuna) aittir (**Aydın**, Tarih, s. 295).

karısının nafakasında nasıl başkaları ortak değilse, bunda da öyledir” kuralı gereği nafakası zaten babaya aittir. Eğer çocuk, eğitimini sürdürdüğü için çalışmıyorsa, yaşı, çalışıp kendi nafakasını kazanmaya uygun olsa da nafakaya hak kazanmaktadır¹²³.

Aralarında kan hısımlığı bulunan ve birbirleriyle evlenmeleri yasak olan -kardeş, teyze, dayı, amca ve yeğen gibi- akrabaların birbirlerine karşı nafaka yükümlülüğü vardır (akraba nafakası)¹²⁴.

Bunun yanı sıra kendi malvarlığı olmayan ve para kazanmaya gücü yetmeyen küçüklerin de bakım sorumluluğu gücü yeten üst soyuna (usûl) aittir¹²⁵. Alt soyun gücü yetmemesi, küçüklük, hastalık veya okuması sebebiyle olabilir. Kız çocukların bakım nafakası da aynı sebeplerle üst soyuna aittir¹²⁶.

bb. İddet ve Fürû Nafakası

Boşanan kadının talâk iddetini, kural olarak, kocasının sağladığı meskende beklemesi gerekmektedir¹²⁷. Bu dönemde kadının nafakası kapsamına dahil olanlar, fûrû nafakasından ve hidânedenden farklıdır. Örneğin, iddet nafakasına kadının giysileri dâhil olmamaktadır¹²⁸.

Ancak talâkla boşanmış kadının çocuğu da varsa ve iddet içinde iken hidâne hakkını kullanıyorsa, sonuç değişmektedir. Bununla ilgili fetvâya konu olan örnek bir olayda, talâkla boşanmış bir kadın küçük oğlunun üzerindeki hidâne hakkını kullanmaktadır. Bu sırada hâkime başvurarak kocasının kendisine ödemesi için nafaka (kadr-i mâruf nafaka) tayin ettirmiş aynı zamanda nafaka yükümlüsü olup da ödemeyen eski eşi adına üçüncü kişilere

¹²³ **Merginânî**, C. 2, s. 165; **Döndüren**, s. 211; **Ansay**, s. 239.

¹²⁴ Bu yükümlülüğün doğması için nafaka verilecek olanın aciz; verecek olanın ise, zengin olması gerekmektedir. Akrabalık nafakasında, usûl-fürû nafakasındakinin aksine, din birliği esası vardır. Usûl-fürû nafakası için, hâkimin hükmü gerekmez ancak akrabalık nafakası için mahkeme kararı aranmaktadır (**Aydın**, Tarih, s. 295; **Akgündüz**, s. 273; **Ekinci**, s. 451; **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 364; **Demir**, s. 347; **Döndüren**, s. 218 vd).

¹²⁵ **Merginânî**, C. 2, s. 168; **Halebî**, C. 2, s. 187-189. Fakir olan anne, baba ve diğer üst soyun nafakası çocuklarına aittir. Üst soy çalışacak durumda olsa bile, muhtaçsalar nafakaları zengin olan veya para kazanmaya gücü yeten alt soy üzerine bir yükümlülük olarak yüklenmiştir (**Aydın**, Tarih, s. 295; **Demir**, s. 346-347).

¹²⁶ **Halebî**, C. 2, s. 187; **Aydın**, Aile, s. 55-56; **Aydın**, Tarih, s. 295; **Akgündüz**, s. 273; **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 364; **Aydın**, Aile, s. 55-56.

¹²⁷ **Kur'an**, Talâk: 1. **İmam Mâlik**, C. 1, s. 567.

¹²⁸ Hanefilere göre, cayılabilir (ric'î) ve bâin talak ve -istisnaları olmakla birlikte- fesih iddeti bekleyen kadının nafakası kocasına aittir (iddet nafakası). Eğer kadın hamile değilse, ölüm iddeti bekleyen kadına nafaka gerekmemektedir (**Tahâvî**, s. 418, 430 **Merginânî**, C. 2, s. 163; **Halebî**, C. 2, s. 160; **Ansay**, s. 239; **Aydın**, Tarih, s. 291; **Akgündüz**, s. 273).

borçlanabilmek için de (istidâne) izin almıştır. Bir süre çocuğunun nafakasını istidâne ile sağlar. Fetvâda kadının, istidâne hakkına dayanarak üçüncü kişilerden aldığı borcu, kocasından talep edip edemeyeceği sorulmaktadır. Cevapta hukuken bunu kocadan talep edebileceği belirtilmiştir¹²⁹.

Baba, fakir olan erkek çocuğunun nafakasını, çalışıp kazanacağı yaşa kadar; kızının nafakasını ise evleninceye kadar karşılamak zorundadır¹³⁰.

c. Nafaka Yükümlüsünün Nafakayı Ödememesi Durumu

Koca, evin nafakasını sağlama görev ve sorumluluğunu yerine getirmese, kadın, mahkemeye başvurarak kendisi ve varsa çocukları için nafaka takdir ettirebilmektedir. Kocanın, evinin nafakasını temin görevini yerine getirememesi, tek başına Hanefî mezhebinde kadın bakımından boşanma sebebi sayılmamıştır¹³¹.

Hâkim, takdir edilen nafakayı ödemeyen kocanın, varsa mallarının satılmasına veya kocayı ödemeye zorlamak için hapsine karar verebilmektedir. Koca fakirse, hapis kararı verilemez. Bu durumda hâkim kadının maddî durumunu değerlendirmelidir. Eğer kadının kendi parası ve malı varsa, hâkim öncelikle eski kocaya borç olmak üzere, kadının kendi malından harcamasına karar verebilirdi¹³².

Kadına kimse borç vermek istemezse, kadın, kocası ölseydi ona kim nafaka vermekle yükümlü olacaksa, talep hakkını bu kişiye karşı kullanabilirdi. Bu kişiler kadının nafakasını öderler ise de, sonradan kocaya

¹²⁹ *Ceride-i İlmiyye*, 13, s. 3'den aktarılan istidâne ile ilgili bu örnek fetvâ için bkz. **Ansay**, s. 240, dph. 472.

¹³⁰ “*Küçük çocukların nafakası yalnız babaya aittir. Babaya karısının nafakasından nasıl başkaları ortak değilse, bunda da öyledir*” (**Merginânî**, C. 2, s. 165; **Döndüren**, s. 211). Eğer tahsil gördüğü için çalışmıyorsa, büyük çocuklara da nafaka ödenir (**Ansay**, s. 239; **Çiğdem**, s. 113). Konu ile ilgili olarak Kur'an'daki Bakara Süresi'nin 233'üncü âyetinde bakma yükümlüsü “çocuk kendisi için doğurulan” yani “baba” şeklinde açıklanmıştır (Âyetin açıklaması için bkz. **Karaman-Çağırıcı-Dönmez-Gümüş**, C. I, s. 371). Babanın, kendi çocuklarına ve onların çocuklarına bakmakla yükümlü olduğu konusunda tartışma yoktur (Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 364). Ayrıca bkz. **Döndüren**, s. 201.

¹³¹ **Merginânî**, C. 2, s. 158-159; **Halebî**, C. 2, s. 175; **Ansay**, s. 238; **Ekinci**, s. 450, 458; **Demir**, s. 346, 355. Hanefî görüşünün aslı dayanakları hakkında bkz. **Kur'an**, Talâk: 7; **Kur'an**, Bakara: 280 (Borçlunun darda olması durumunda ona zaman tanımının ve hattâ borcu affetmenin fazileti ile ilgili, genel ifadeler taşıyan bir âyettir). Ayrıca bkz. **Döndüren**, s. 287; **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 343.

¹³² Fakir kocanın nafakasının, eğer zenginse karısının üzerine borç olduğu görüşü de vardır (**Karaman**, Anahatlarıyla, s. 343). Ayrıca bkz. **Ekinci**, s. 450-451; **Şimşek**, s. 40, 46. Konu ile ilgili çeşitli fetvâ örnekleri için bkz. **Halebî**, C. 2, s. 171, 173.

rücû edebilirlerdi. *İmam Şâfiî* ve *İmam Ahmed bin Hanbel*'e göre ise kadın kocasının evini geçindirememesi sebebiyle boşanma davası açabilir¹³³. Osmanlı Devleti'nde kocası nafakasını karşılamayan eş eğer boşanmak isterse, Şâfiî mezhebinden bir hâkime başvurarak, bu içtihada göre boşanabilirdi. Devletin son dönemlerinde bu konuda Şâfiî görüşü kanunlaştırılmıştır¹³⁴.

Eğer kadın da fakirse, yeterli malvarlığı yoksa kendisi ve evlatlarının geçimi için, üçüncü kişilerden borç alabilmesine izin verilmiştir. Bu borçtan kadın ve koca sorumlu olurdu¹³⁵. Eğer baba fakir olup, nafaka teminine elverişli ise, ailenin diğer akrabaları nafakayı, sonradan geri ödemesi koşuluyla, babaya borç olarak verebilirlerdi¹³⁶. Düşkün durumdaki eşlerin geçimi devlet hazinesine ve akrabalarına yüklenmişti¹³⁷. Hukuk-ı Aile Kararnâmesi bu konuda, 94-99'uncu maddelerinde, *Ebû Hanife*'nin görüşünü esas almıştır¹³⁸.

4. Muhâla'a Yoluyla Boşanma ve Hidâne İlişkisi

Muhâla'a/hûl'¹³⁹ hukukta kadının kocasına belli bir ekonomik değeri vererek veya vermeyi taahhüt ederek kocanın boşanmasını sağlaması demektir¹⁴⁰. Muhâla'a yapan kadının asıl amacı kendini evlilik birliğinden kurtarmaktır. Eşler arasındaki geçimsizlik bir arada yaşamayı imkânsız kılmışsa, kadının bazen, evlenirken aldığı mehri geri vererek bir tür "mal karşılığında boşanma" işlemini daha kolaylıkla elde etmesi uygun olabilir¹⁴¹.

¹³³ **Ansay**, s. 238; **Ekinci**, s. 450, 458. Ayrıca bkz. **Merginânî**, C. 2, s. 158; **Halebî**, C. 2, s. 175; **Demir**, s. 346, 355.

¹³⁴ **Ekinci**, s. 458.

¹³⁵ Eğer kocanın babası varsa, sonradan oğluna rücû etmek üzere, nafaka ödeyebilir, hattâ kâdi tarafından bu sonuca hükmedilebilir (**Ansay**, s. 238, dpn. 470). Mezhepler arası tartışmalar için bkz. **Aydın**, Tarih, s. 281. Bazı kaynaklara göre bu dönemde nafakayı, koca borçlanırlar (**Karaman**, Anahatlarıyla, s. 343). Ayrıca bkz. **Şimşek**, s. 45 (İstidâne kocanın gâipliği durumunda yapılır).

¹³⁶ **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 364; **Ekinci**, s. 450.

¹³⁷ **Ansay**, s. 239; **Demir**, s. 346.

¹³⁸ Hukuk-ı Aile Kararnâmesi m. 94-96; **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 343.

¹³⁹ *Muhâla'a*'nın kelime anlamı, "çekip çıkarmak, soymak, soyunmak", fıkhıdaki anlamı kadının kocasına bedel ödeyerek boşanmasıdır (**Paçacı**, Hul', s. 269; **Merginânî**, C. 2, s. 111).

¹⁴⁰ Tanım için ayrıca bkz. **Paçacı**, Hul', s. 269; **Aydın**, Aile, s. 114; **Aydın**, Tarih, s. 286; **Hatemi**, s. 121. Muhâlaada kadın hakkı olan bir malî değerden vazgeçtiği için, sadece bâliğ (ergenliğe ulaşmış) olması yeterli değildir. Parasal bir işlem söz konusu olduğundan kadının reşit olması da aranmaktadır (**Paçacı**, Hul', s. 270).

¹⁴¹ **Tahâvî**, s. 374, dpn. 422; **Aydın**, Aile, s. 114; **Aydın**, Tarih, s. 286; **Üçok-Mumcu-Bozkurt**, s. 121. Ayrıca bkz. **Kur'an**, Bakara: 229.

Bilindiği gibi erkek boşanmayı istediği zaman bu işlemi kolaylıkla, mahkeme sürecinden geçmeden gerçekleştirebilirdi (talâk). Kadının boşanması ise, mahkemede boşanma sebeplerini delillerle ispatlaması gereken bir süreçtir. Bu yüzden anlaşarak boşanmak mümkünse, kadının bu yolu tercih etmesi doğaldır. Burada kadının kocasını hûl' yapmaya razı etmesi gerekmektedir¹⁴². Hûl'ün de bir tür talâk olduğu yolunda hadis vardır. Sonuçları bakımından muhâla'a kesin/ayırıcı boşama (bâin talâk) sayılmaktadır¹⁴³.

Muhâla'anın sonuçları geçimsizliğin hangi eşten kaynaklandığına göre değişmektedir. Eğer erkekten kaynaklanan bir durum varsa, yüklerle mehir vermiş de olsa, erkeğin kadından boşanma karşılığı olarak bu mehri veya bir bedeli alması harama yakın mekruh sayılmıştır¹⁴⁴. Eğer boşanma, kadından kaynaklanan bir sebeple gerçekleşiyorsa, erkeğin kadına verdiği mehirten fazlasını alması mekruhtur. Eşlerin arasında mevcut olan nikâhtan dolayı erkeğin kadına mehir veya nafaka gibi bir borcu varsa, hûl' yapınca bu borçlar –ibrâya benzer şekilde- ortadan kalkmaktadır. Hem mübâraa¹⁴⁵ hem de muhâla'ada kadın ile erkeğin arasındaki evlilikten doğan karşılıklı tüm haklar düşmektedir¹⁴⁶.

Osmanlı Devleti şer'iyeye sicillerinde muhâla'a kayıtlarının, talâk kayıtlarından daha çok oluşu ilgi çekicidir. Bunun muhtemel nedeni kadının ileride, evlilik birliği içinde ödenmeyip kocanın borcu şeklinde biriken nafakanın veya iddet nafakası taleplerinin önünü baştan kesmek olmalıdır¹⁴⁷.

Evlenmede mehir olabilen her şey muhâla'ada karşılık olabilirdi¹⁴⁸. Kadının alacaklarından vazgeçmesi, erkeğin malvarlığına bir katkı sayıldığından muhâla'ada karşılık sayılabilir. Örneğin, koca karısıyla küçük çocuğunu süttten kesilinceye kadar emzirmesi karşılığında veya küçük çocukların masraflarının belli bir yaşa kadar anne tarafından karşılanması

¹⁴² **Cin-Akgündüz**, s. 528.

¹⁴³ **Dârekutnî**, s. 444 ve **Beyhakî**, C. 7, s. 316'dan aktaran **Merginânî**, C. 2, s. 111.

¹⁴⁴ **Kur'an**, Nisâ: 20 (**Karaman-Çağırıcı-Dönmez-Gümüş**, C. II, s. 36-38). Ayrıca bkz. **Merginânî**, C. 2, s. 112.

¹⁴⁵ **Mübâraa**, evlilik birliğine, tarafların rızaları ile karşılıklı ibrâlaşmak ve hiçbir alacak borç ilişkisi olmadığını kabul etmek suretiyle son verilmesidir.

¹⁴⁶ Bu Ebû Hanife'nin görüşüdür (**Tahâvî**, s. 374). **Ebû Yusuf** ve **İmam Muhammed**'e göre, bu borçların hepsi sadece hûl ile kalkmaz. **İmam Muhammed**'e göre ikisi ile de hangi borçların düşeceği söylenmiş ise yalnızca o borçlar düşmektedir (**Merginânî**, C. 2, s. 114).

¹⁴⁷ **Aydın**, Aile, s. 115.

¹⁴⁸ **Merginânî**, C. 2, s. 113; **Aydın**, Tarih, s. 287; **Cin-Akgündüz**, s. 529. Ancak kadının çocuğun hidânesini kocaya bırakmak şartıyla muhâla'a yapmasının sonucu farklıdır. Bu durumda muhâla'a geçerli fakat şart geçersiz kabul edilmektedir (**Bilmen**, C. 2, s. 293).

şartıyla muhâlaaya razı olabilir. Küçük çocukların belli bir yaşa kadar anne tarafından ücretsiz bakılıp terbiye edilmesi karşılığında muhâlaa yapılabilir. Çocukların bakım ve terbiyesi karşılığında kadının ücret alması kabul edilebilir bir durum olduğundan, kadın bundan vazgeçtiğinde, erkeğin ekonomik bir kazancı olmaktadır. Ancak küçük çocuğun hidâne yaşı geçtikten sonra örneğin ergenlik çağına kadar da annelerinin yanında alıkonulması karşılığında muhâla'a yapılması geçerli değildir. Çünkü hidâne yaşı geçince çocuğun babaya verilmesinin çocuk ve baba yararına olan psikolojik sebepleri vardır. Babanın bu haktan feragati geçerli olmaz¹⁴⁹.

Genellikle muhâlaada kadının, hakkı olup da almaktan vazgeçtiği bedellerin başında mehir gelmektedir. Çocuğu ücretsiz emzirme karşılığında muhâlaa yapılabilir. Yedi yaşına kadar çocuğun masraflarını kadının yüklenmesi karşılığında muhâlaa yapılabilir. Ayrıca çocuğun ücretsiz hidânesi için de muhâlaa yapıldığına rastlanmaktadır. Böyle bir muhâla'ada eğer kadın, sonradan hidânededen kaçınırsa veya hidâne süresi bitmeden kadın/çocuk ölür ya da kadın, hidâne ehliyetini kaybederse geri kalan süreye ait emsal hidâne ücreti için koca kadının malvarlığına yönelebilirdi¹⁵⁰.

5. Emzirme (Radâ) ve Hidâne

a. Genel Olarak

Eski dönemlerde çocuğun kendi annesi dışında bir kadından süt emmesi son derece doğal ve sık karşılaşılan bir durumdur. Bu yüzden süt emzirme, kira türünden bir akit olarak ele alınmış ve bazı hukukî sonuçlar bağlanmıştır. Bu akde *istirzâ* denmektedir¹⁵¹. Bir kadın sütannelik için kiralandığı zaman (isticar) aynı zamanda çocuğun hidânesini de üstlenmesi gerekebilir. Akitte sadece emzirmeden bahsedildiği durumlarda buna işin niteliği gereği, hidâne de dahil olmaktadır. Fakat sadece hidânededen söz edildiği zaman buna süt emzirme de dahil sayılamaz¹⁵².

Çocuğun bakımı ve sağlıklı büyümesinde emzirmenin (radâ/ridâ/rezâ)¹⁵³ önemi günümüzde tıp bilimi tarafından ispatlanmıştır. Hamilelik

¹⁴⁹ Döndüren, s. 295; Aydın, Aile, s. 115.

¹⁵⁰ Döndüren, s. 296. Aydın, Aile, s. 115; Şimşek, s. 102.

¹⁵¹ “Bir kadının süt emecek yaştaki bir çocuğa bedel karşılığında belli süre süt emzirmesi ve diğer ihtiyaçlarını gidermesi için yapılan akde” süt emzirme akdi denmektedir (Kaşıkçı, s. 19-20, 32). Ayrıca bkz. Hacı Reşid Paşa, C. 3, s. 145. Ayrıca bkz. Bilmen, C. 2, s. 8, 453.

¹⁵² Dört mezhebin görüş farklılıkları için bkz. Bilmen, C. 2, s. 453.

¹⁵³ Bazı kaynaklarda *ridâ* olarak yer almaktadır. Emzirene *murdia*, emzirilen çocuğa *radî* denmektedir (Ansay, s. 224; Kaşıkçı, s. 19). Ayrıca bkz. Hatemi, s. 121.

döneminde süt, her çocuğun kendisine uygun şekilde annesinin bedeninde, her gelişim aşamasında derişimi bebeğin ihtiyacına göre özel olarak anne vücudu tarafından düzenlenen, yapay yollardan elde edilemeyen, doğal bir besindir. Kendisi için üretilen bu besini almak her çocuğun hakkıdır. Özellikle ilk gelen süt (ağız sütü), çocuğu her türlü mikroba karşı dirençli kılan ve bağışıklık sistemini sağlamlaştıran bir özelliğe sahip olup bir kez gelmekte ve mutlaka çocuk tarafından alınması doktorlarca salık verilmektedir. Çocuğun bu özel gıdadan mahrum kalmaması için hukuk düzeni bazı özel düzenlemeler yapmıştır¹⁵⁴.

Eşlerin boşanması durumunda, iddet sürecinde kadına nafaka ödenir. Eğer bakıma ve emzirilmeye muhtaç çocuk da varsa hem nafaka, hem hidâne, hem de emzirme konuları birbiri ile iç içe girmektedir.

Çocuk için süt emme süresi, doğumundan itibaren iki yıldır¹⁵⁵. Ancak emzirme süresini belirleyen âyet (nass), emzirme süresinin doldurulmasını zorunlu kılmadığı için, anne ve baba anlaşarak isterlerse iki yıl, isterlerse daha az emzirme konusunda birlikte karar verebilirlerdi¹⁵⁶.

Çocuğunu emzirmek bir kadın için hem doğal bir yükümlülük hem de dinî bir görevdir. Çocuğu emzirmek hem biyolojik hem de dinî bakımdan anneye aittir. Konu ile ilgili “*Anneler çocuklarını emzirirler*” anlamında ayet vardır¹⁵⁷. Normal şartlar altında kadının bundan kaçınmaması gerekmektedir. Ancak anneyi hukuken emzirmeye zorlayacak bir müeyyide yoktur. Eğer anne çocuğunu emzirmekten kaçınır, bünyesi buna yeterli olmaz veya çocuk kendisini emziremeyecek durumda olan bir kişinin (yaşlı veya erkek) bakımı ve terbiyesi altında ise, çocuğun anneden başka bir kişi tarafından emzirilmesi mümkündür.

¹⁵⁴ Ayrıca İslâm hukukunda aynı anneden süt emen yabancı kişiler arasında evlenme yasağı ortaya çıkmakta olması yönünden de süt akrabalığının hukuken düzenlenmesi zorunluluk taşımıştır (Kaşıkçı, s. 18).

¹⁵⁵ Genel kabul görmüş olan iki yıllık süre, İmameyn’e göredir. İmam-ı Âzam bu süreyi iki buçuk yıl olarak kabul etmiştir. Osmanlı Devleti’nde İmameyn’in görüşü esas alınmıştır (Kaşıkçı, s. 46; Cin-Akyılmaz, s. 453). Kur’an, Bakara: 233; Talâk: 6. İlgili ayetlerin açıklaması için ayrıca bkz. Karaman-Çağırıcı-Dönmez-Gümüş, C. I, s. 371; Karaman-Çağırıcı-Dönmez-Gümüş, C. V, s. 382 vd; Karaman, Anahatlarıyla, s. 360. İki-üç yıl arası olduğu görüşü için bkz. Kaşıkçı, s. 23. Tartışmalar için bkz. Serahsî, C. 5, s. 214.

¹⁵⁶ Karaman-Çağırıcı-Dönmez-Gümüş, C. I, s. 371-372.

¹⁵⁷ Kur’an, Bakara: 233. Genel anlamda “dinî-hukukî” yükümlülük ayrımı ve sonuçlarını açıklayan Bakara Süresi’nin 280’inci âyeti için bkz. Karaman-Çağırıcı-Dönmez-Gümüş, C. I, s. 443). Ayrıca bkz. Halebî, C. 2, s. 185; Merginânî, C. 2, s. 165-166.

İslâm ve Osmanlı özel hukukunda emzirme, çocuğun beslenmesi ve nafakası bağlamında düşünüldüğünde babaya ait bir yönü de olduğu görülmektedir. Çünkü bebeğin beslenmesinden esasen baba sorumludur. İslâm ve Osmanlı hukukunda çocuğun nafaka yükümlüsü kural olarak baba olduğu için zorunlu hâllerde babanın çocuğun emzirilmesi için bir sütanne tutması gerekebilir¹⁵⁸. Hanefî hukukçulara göre, her ne kadar çocuğun emzirilme sorumluluğunu, yaratılış bakımından anne taşımalı ise de, çocuğun yeterli beslenmesi için gereken süt emmesini sağlama sorumluluğu da babaya aittir. Bu kural dinen de benimsenmektedir. Fakat eğer kadın bunu yapmaz ise, Hanefî mezhebine göre hukukî bir yaptırımı yoktur. Bunun anne için hukukî bir zorunluluk olduğu kanaatini paylaşan başka hukukçular da vardır¹⁵⁹.

Konu ile ilgili hükümler oluşturulurken gelenekler göz önünde tutulmuştur. Her toplumda sütanneliğe zaman zaman başvurulmuş olabilirse de, Arap toplumu gibi bazı topluluklarda gelenekselleşmiş ve halk arasında yaygın olarak rastlanan bir sütannelik uygulaması vardır. İmam Mâlik'in görüşünden anlaşıldığı kadarıyla o zamanın toplumunda varlıklı ailelere mensup kadınlar, "içtimâî mevkiî yüksek olan"¹⁶⁰ çocuk emzirmeyip sütanne tutmakta idiler¹⁶¹.

b. Emzirme Ücreti

Evlilik süresince anne emzirme ücreti talep edemez ise de¹⁶², evlilik birliği sona ermiş ve taraflar ayrılmışlarsa çocuğunu emzirdiği için ücret talep edebilirdi. Ancak evlilik birliği sona ermiş ve taraflar ayrılmışlarsa, anneye çocuğuna süt vermesi karşılığında ücret ödenebilir. Talâk iddeti biten veya kocası öldüğü için ölüm iddeti bekleyen anneye emzirme karşılığı ücret ödenebilirdi. Çünkü bu durumlarda kocanın kadına nafaka ödeme yükümlülüğü yoktur¹⁶³.

¹⁵⁸ **Akgündüz**, s. 275. Bebeğin emzirilmesinin hükmü nafaka gibidir (**Merginânî**, C. 2, s. 165; **Sâğircî**, s. 700; **Halebî**, C. 2, s. 185; **Döndüren**, s. 212).

¹⁵⁹ **Aydın**, Tarih, s. 294. Ayrıca bkz. **Akgündüz**, s. 273. Eğer baba hayatta değilse, anne ile amca varsa, emzirme masrafları bu ikisi tarafından mirastaki payları oranında karşılanır (**Serahsî**, C. 5, s. 330). Ebû Hanife'den yapılan bir aktarımda çocuğun süttten ayrıldıktan sonraki nafakası için de bu hüküm geçerlidir (Örnekler için bkz. **Serahsî**, C. 5, s. 331).

¹⁶⁰ **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 360. Malikî mezhebinin emzirme yükümlülüğü yüklenemeyecek olan bir kadını tanımlarken kullandığı sözcük "şerife"dir. Şerife, yüksek bir aileye mensup, kendi işini kendi görmeyip hizmetçi kullanma âdeti olan kadınlar için kullanılmış bir sıfattır. Aksi durum örf-âdete uygun olmadığından dolayı, kadının mecbur tutulamayacağı ifade edilmiştir (**Bilmen**, C. 2, s. 454).

¹⁶¹ Bu görüş için bkz. yukarıda, s. 5, dñn. 15, 16. **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 360.

¹⁶² **Bilmen**, C. 2, s. 453.

¹⁶³ **Kur'an**, Talâk: 6. Sadece cayılabilir boşamada (ric'î talâk) henüz boşanma tam gerçek-

Eğer anne biyolojik veya başka sebeplerle çocuğunu emziremez ise, o halde şartları uygun olan başka birisi emzirebilir. Emzirme güçlükleri, hastalık, sütün gelmemesi, yeterli besleyicilikte olmaması, çocuğun annesini emmemesi gibi, anne veya çocuk kaynaklı olabilir. Hiçbir anne çocuğunu emzirmekten alıkonamaz. Ancak anne emzirmek istemiyorsa, işin niteliği gereği bunu yapmaya da zorlanamaz. Çünkü bu şefkat gerektiren bir iştir. Anne emzirmeye icbar edildiğinde, belki bu çocuğun aleyhine sonuçlanabilir. Fakat çocuk başkasını istemez, emmez veya süt verecek kimse bulunamaz ise anne buna zorlanabilirdi¹⁶⁴.

Annenin emzirme karşılığı ücret talep edip edemeyeceği tartışmalıdır. Emzirmenin hidâne ve nafaka ile bağlantısı ücret bakımındandır. Hanefî hukukçuların bazısına göre, koca bu süreçte eşinin nafakasını verdiği için, evlilik içerisinde ve ric'î veya bâin talak iddeti beklerken ücret talep edemez. Kocadan hem nafaka hem emzirme ücreti alınması hakkaniyete uygun değildir¹⁶⁵.

Diğer bazı Hanefî ve Şâfiî hukukçulara göre yukarıdaki durumlarda da kadın nafakadan ayrı, emzirme ücreti talep edebilirdi. Çünkü bu görüş taraftarlarına göre emzirme hukukî değil, dinî bir görevdir. Anne çocuğunu emzirmese “çocuğun başkasının memesini almaması” veya ”babanın maddî durumunun yeterli olmaması” dışında bir sebeple kadın, hâkim tarafından çocuğu emzirmeye zorlanamazdı¹⁶⁶.

Talâk Süresi'nin 6'ncı ayetine göre¹⁶⁷ anne ile babanın gerek emzirme gerekse ücreti konusunda anlaşmaları gerekmektedir. Eğer eşler

leşmediği ve iddet boyunca evliliğe geri dönüş mümkün olduğu için, bu süreç evlilik içi gibi düşünülmeli ve anne emzirme ücreti almamalıdır. Fakat aksi görüşte olanlar da vardır (Merginâni, C. 2, s. 166). Ayrıca bkz. **Bilmen**, C. 2, s. 454; **Akgündüz**, s. 275; **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 360; **Demir**, s. 358; **Avcı**, s. 305.

¹⁶⁴ **Bilmen**, C. 2, s. 453; **Behce**, 154; **İbn Âbidin**, II/675'den aktaran **Kaşıkcı** s. 33, dpn. 50.

¹⁶⁵ **Serahsî**, C. 5, s. 349; **Kaşıkcı**, s. 33. Konuya ilişkin Bakara Süresi'nin 233'üncü ayeti “Emzirmeyi tamamlamak isteyen (baba) için anneler çocuklarını tam iki yıl emzirirler. Onların örfü uygun beslenmesi ve giyimi de baba tarafına aittir. Bir insan ancak gücünün yettiğinden sorumludur. Çocuğu sebebiyle ne anne ne de baba zarar görmesin (Babanın olmaması veya gücünün yetmemesi durumunda nafaka borcu) varis üzerindedir. Eğer ana ve baba birbirine danışarak ve karşılıklı anlaşarak çocuğu memeden ayırmak isterlerse kendilerine bir günah yoktur. Eğer çocuklarınızı emzirtmek isterseniz örf gereği vermeniz gerekeni vermeniz şartıyla size bir günah yoktur” şeklindedir (Âyetin açıklaması için bkz. **Karaman-Çağırıcı-Dönmez-Gümüş**, C. I, s. 371).

¹⁶⁶ **Kaşıkcı**, s. 34.

¹⁶⁷ **Kur'an**, Talâk Süresi'nin 6'ncü ayeti “Sizin için emzirirlerse ücretlerini verin ve örf gereği verilmesi gerekeni (ücret) aranızda anlaşın. Eğer anlaşamazsanız çocuğu başka bir kadın emzirecektir” (Âyetin açıklaması için bkz. **Karaman-Çağırıcı-Dönmez-Gümüş**, C. V, s. 387, 392).

anlaşamazlarsa, baba çocuğu emzirmek üzere bir başka kadın (sütanne) tutabilirdi. Anlaşamamanın temelinde kadının yüksek ücret talebi veya eski eşine baskı yaparak onu zor duruma sokmak istemesi olabilir. Benzer şekilde baba da eski eşine sıkıntı vermek, eziyet etmek ve bu maksatla çocuğu almak ya da sütanneye baktırmak isteyebilir. Bu yüzden eğer anne uygunsuzsa, baba sütanneye verilecek ücreti anneye vermelidir. Ayrıca hidâne hakkını kullanmasına engel olunamayacağından, bu hakkı kullanan annenin aynı zamanda çocuğunu emzirmesi de engellenemez¹⁶⁸.

Ayrıca eğer anne çocuğa bakmak istiyor (hidâne), fakat süt emzirmeye engel bir durumu varsa, baba sütanneyi ayrıca tutmak ve annenin evine göndermek durumundadır¹⁶⁹.

Çocuğun bakımında emzirminin önemli bir yeri olmakla birlikte, emzirme yükümlülüğü, annenin çocuğa bakma yükümlülüğünden ayrı ele alınıp düzenlenmiştir. Hidâne ücreti; emzirme ücreti ile çocuğun nafakasından ayrı düşünülmüştür¹⁷⁰.

Emzirme süresi iki yıl olduğundan¹⁷¹, ücret talep edilme süresi iki yılla sınırlıdır. Anne çocuğunu daha uzun süre emzirirse, iki yılı geçen süre için para talep edememektedir¹⁷².

Kadın veya kadın akrabaların hidâne için zorlanmaları hukuken mümkün değildir. Bu hak kendilerine cebren kullanılamaz. Fakat emzirme yükümlülüğü, bu yönüyle hidânededen farklıdır. Eğer çocuk başka bir sütanneyi reddeder hiç emmez ya da babanın emzirme ücreti vermeye yetecek parası ve malı yoksa¹⁷³, anne emzirmeye mecbur edilebilirdi¹⁷⁴.

¹⁶⁸ Eğer bir anne herhangi bir sütanneden daha fazla ücret isterse baba, sütanneyi tercih edebilir (**Serahsî**, C. 5, s. 329-330).

¹⁶⁹ **Serahsî**, C. 5, s. 330.

¹⁷⁰ **Bilmen**, C. 2, s. 453; **Ansay**, s. 240.

¹⁷¹ Süre ile ilgili ayet ve hadisler için bkz. **Merginânî**, C. 2, s. 52-53. Osmanlı Devleti aile hukukunda İmameyn'in görüşü olan iki yıl kabul edilmiştir.

¹⁷² **Aydın**, s. 299; **Akgündüz**, s. 273; **Sâğircî**, s. 701.

¹⁷³ Osmanlı devri fetvâlarına konu olan bir örnekte, kadın, ölmüş olan kocasından küçük çocuğunun hidâne hakkına sahiptir. Küçük kızın vasîsi bir başka kişi olup küçüğün malının idaresi erkek tarafından olan bu akrabasıdır. Fetvâda, anne tarafından hakime takdir ettirilen ve "kadr-i marufundan fazla olan nafakada indirim yapılmasının, vasî tarafından talep edip edemeyeceği sorulmaktadır. Cevap olarak istenebileceği bildirilmektedir (*İlmiye Salnâmesi*, s. 516'dan aktarılan fetvâ için bkz. **Ansay**, s. 239, dph. 472).

¹⁷⁴ **Ansay**, s. 240.

Osmanlı Devleti'nde, aile hukukundaki kanunlaştırmalar sırasında, emzirme ile ilgili düzenlemeler de yapılmıştır¹⁷⁵. Osmanlı Devleti'nde aile hukukunu düzenleyen birçok hukukî metin ve kanunlaştırma çalışmaları vardır. 1905 tarihli *Mehmed Bahâ'eddin Efendi*'nin “En-Necah fi Ahkâmî'n-Nikâh” adlı Ahkâm-ı Şâhsiyesi konuyu meseleler hâlinde ele almıştır. Hidâne konusu “Bâbü'l-Hidâne” kısmında yer almaktadır¹⁷⁶.

Çocuk bakım için kime verilmiş olursa olsun, bakım ve terbiye masrafı babası tarafından karşılanmalıdır¹⁷⁷. Çalışmamıza konu olan örnek olayda baştan beri açıklanmaya çalışılan kurallar ve konuların çoğu yer almaktadır. Bu yönü ile teorik bilgilere bir uygulama örneği olarak katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

II. HİDÂNE HAKKI İLE İLGİLİ KARARIN İNCELENMESİ

A. Genel Olarak

İzmir şehrine ait 30 numaralı Şer'iyye Sicili'nin, mikrofilm: 6168, No: 4 (0030.0030.0004), sayfa no: 2-3'te, 6'ncı sırada kayıtlı olan kararının konusu, kararın yan tarafındaki sayfa boşluğunda “Nafaka” tayini olarak belirtilmiştir.

Kayıtta yer alan olayda İzmir şehrinde, Mahalle-i Cedit'te (Yeni Mahalle) evli olan Abdullah oğlu Şeyh Muhammed kızı Hafize Hanım ile Şeyh Cemâleddin İbni Şeyh Muhammed Emin Efendi yaşamaktadırlar. Bu çiftin evliliklerinden henüz bakıma muhtaç yaşta olmak üzere çocukları da bulunmaktadır. Ancak Hafize Hanım genç yaşta vefat etmiştir. Geriye mirasçısı olarak eşi (zevc-i metruk) Cemâleddin Efendi ile küçük (sagîre) kızı Fahriye; annesi Zîbâ binti Abdullah Veliyyüddin; kız kardeşleri Fatma ve Ayşe kalmışlardır¹⁷⁸.

¹⁷⁵ 1865 tarihli, *Kadri Paşa*'nın “El-Ahkâm eş-Şer'iyye fi'lAhvâli's-Şahsiye” adlı kodunda, emzirme hakkı “Çocuğun Ana babası Üzerindeki Hakları”nı düzenleyen İkinci Bâb'ında 365-379'uncu maddeler arasında yer almaktadır (**Akgündüz**, s. 1631 vd).

¹⁷⁶ Söz konusu kanunda hidâne 940-976'ncı meseleler arasında düzenlenmiştir. Tam metin için bkz. **Akgündüz**, s. 428. Ayrıca 1865 tarihli, *Kadri Paşa*'nın “El-Ahkâm eş-Şer'iyye fi'lAhvâli's-Şahsiye” adlı kodunda, hidâne hakkı “Çocuğun Ana babası Üzerindeki Hakları”nı düzenleyen İkinci Bâb'ında 365, 380-394'üncü maddeler arasında yer almaktadır (**Akgündüz**, s. 1634 vd).

¹⁷⁷ **Merginânî**, C. 2, s. 155; **Demir**, s. 358.

¹⁷⁸ Mirasçıların kimler olduğunun yer aldığı beşinci sıradaki karar ile altıncı sıradaki bu iki karar, Şer'iyye Sicili'nde tesadüfen arka arkaya yazılmış olmalıdır. Beşinci sıradaki karar, Hafize Hanım'ın ölümünün ardından, borçlarının tasfiyesi için satılan evine ilişkindir. Burada ölüm olayı ve geriye kalan mirasçılar ile payları yer almaktadır (“Hafize Hanım Mübâyaası”, İzmir 30 no'lu Şer'iyye Sicili, 5'inci sırada kayıtlı dava).

İzmir 30 numaralı Şer’iyye Sicili’nde arka arkaya kaydedilen her iki kararın birbirilerini tamamladıkları görülmektedir. Çalışmamıza konu olan olay, 6’ncı sıradaki kayıta yer almaktadır¹⁷⁹. Her iki kararda geçen şahısların kimlikleri birbirine uymaktadır.

Vefat eden Hafize binti Şeyh Muhammed bin Abdullah’ın annesi Zîbâ Hanım ile geride kalan eşi Şeyh Cemâleddin bin Şeyh Muhammed Emin Efendi’nin hâkim huzurunda karşılıklı beyanları alınmıştır. Gerçi bu beyanların yapıldığı dava satıma ilişkin bir davadır. Fakat taraf beyanlarından, çalışmamıza konu olan nafaka talebi ve hidâneyle ilişkin dava ile ilgili bilgiler de edinilmektedir. Küçük Fahriye’nin, Hafize Hanım ile Cemaleddin Efendi’nin ortak kızları olduğu bu ilk kararda da belirtilmektedir.

Çalışmamıza konu olan olayda ölenin küçük kızı Fahriye’nin bakım ve gözetim hakkı ve yükümlülüğünün (hidâne), anneannesi Zîbâ Hanım’a verildiği anlaşılmaktadır.

B. Davanın Tarafları

Hâkimden talepte bulunan, hidâne hakkını kullanan Abdullah kızı Zîbâ Hanım’dır. Zîbâ Hanım aynı zamanda çocuğun anneannesidir. Şeyh Cemâleddin bin Şeyh Muhammed Efendi’den uygun miktar nafaka talep etmektedir. Kendisinden talepte bulunulan kişi aynı zamanda çocuğun babasıdır. Kaydın içeriğinden babanın mahkemede hazır bulunduğu anlaşılmaktadır.

Küçük Fahriye’nin, Zîbâ Hanım’ın kızından torunu olduğu beyanından anlaşılmaktadır. Anneanne, ifadesinde bu durumu “... merkur Cemâleddin Efendi kızım müteveffâ-i mezbûrenin hayatında hâl-i zevciyet beyenlerinde kâime iken merkur Cemâleddin Efendi’nin ferândan hâsıla ve kızım müteveffâ-i mezbureden mütevellide ... “ şeklinde belirtmiştir.

C. Olaya İlişkin Tespitler

1. Genel Olarak

Olayda farklı bakımlardan ele alınarak tartışılması gereken konular vardır. Bunlardan biri Zîbâ Hanım’ın “... *bi-hakk-ı hidâne (hizâne) hucur ve terbiyemde olan* işbu hazır-ı bi’l-meclis *iki yaşında sagîre-i mezbure Fahriye’nin nafaka ve kisveye kâfi malı olmayıp*, nafaka ve kisveye eşeddi ihtiyaçla muhtace olmakla beynimden babası merkur Cemâleddin Efendi üzerine nafaka takdir olunmak muradıdır” sözleridir.

¹⁷⁹ “Hafize Hanım Mübâyaâsı”nın karar metni de çalışmamızın sonuna yerleştirdiğimiz Ek 3’te, ilgili kısmın transkripsiyonu ise Ek 4’tedir.

Burada hâdine olarak anneanneninin kabul edilmiş olması çalışmanın Birinci Bölüm'ünde yer alan İslâm hukukunun konuya ilişkin esaslarına uygun bir yaklaşımdır. Anne olmadığı veya uygun bulunmadığı zaman hâdine olacaklar sıralamasında ilk sırada annenin annesi gelmektedir. Hidâne hakkını kullanacak olanlar arasında öncelikle anne, ardından annenin annesi ve sırasıyla anne tarafından kadın akrabalar bulunmaktadır. Eğer bunlardan kimse bulunmaz veya çocuğu bakmaya müsait kimse olmaz ise hidâne hakkı ve görevi baba tarafından öncelikle kadın akrabalara geçmektedir. Bu kararda hidâne hakkının daha önceden mi yoksa bu kararla mı anneanneye verildiği çok net anlaşılacaktır. Sanki anne Hafize Hanım'ın vefatı ile birlikte anneanneninin çocuğu, himâyesi ve bakımı altına fiilen almış olduğu gibi bir sonuca da varılabilmektedir.

2. Kararın Hidâne Ücreti ile Nafaka Bedeli Açısından İncelenmesi

Zîbâ Hanım'ın ifadesinde çocuğun kendi ihtiyaçlarını karşılamaya yetecek kadar malı bulunmadığını söylemesi önemlidir. Bu nedenle çocuk nafaka ve kisveye (giysi) acilen ihtiyaç duymaktadır. Birinci Bölüm'de bu konuya ilişkin kural ve kâideler açıklanmıştır.

Küçük Fahriye'nin nafaka ve kisveye yetecek kadar malı olmadığı özellikle belirtildiğine göre, eğer çocuğun kendine ait malı/parası olsa idi, daha farklı bir karar verilebileceği düşünülebilir. Hidâne ücreti konusu doktrinde tartışmalı olup örnek kararda nafaka ile iç içe geçmiş bir durumdadır. İslâm hukukunda hidanede ücrete hak kazanılacak durumlar sayılmıştır. Bunlardan biri söz konusu ise, bu ücret öncelikle çocuğun kendi malı varsa oradan ödenmelidir. Çocuğun kendi malı yoksa hidâne ücretini nafaka yükümlüsü ödemelidir.

Bazı hukukçular, annenin veya anne dışındaki yakının hidâneyi uygularken ücret talep edemeyeceğini savunmuşlardır. Ancak bakım yükümlüsü fakir ve çocuğun da malı varsa, çocuğun nafakasını bu maldan temin etmek hakkaniyete daha uygundur. Fakat bu, hidâne karşılığı bir ücret değil, başlı başına çocuğun nafakasıdır. Hidâne ücreti olarak anneye tahsis edilmesi gereken ücretin hukukî niteliğinin nafaka olduğunu kabul eden görüşler olduğu gibi aksine, hidâneyi bakıcı tarafından görülen bir hizmet şeklinde düşünenler de olmuştur. O yüzden bakmanın karşılığına “ücret” denmiştir. Nafakanın toplam olarak hidâne ücreti, emzirme ücreti ve ayrıca yeme içme, sağlık ve mesken masraflarından oluşan bir bütünlük mü olduğu, yoksa yiyecek, tedavi, giyecek, eğitim, mesken ve hizmetçi masraflarının hidâne ücretinin kapsamında mı bulunduğu konusunda farklı görüşler vardır.

Çalışmamızda örnek olarak incelediğimiz bu kararda da hâdine-anneannenin ifadelerinden, nafakanın hidâne ücreti gibi veya onu da kapsar şekilde düşünüldüğü anlaşılmaktadır. Çocuğun hidânesini anne dışında biri üstlendiğinde, kural olarak bakım için ücrete hak kazanmasına rağmen kararda ayrıca bir hidâne ücreti takdirinden söz edilmemektedir. Küçüğün anneanesi nafakadan ayrıca bir hidâne ücreti talep etmemektedir. Mahkeme de böyle bir ücreti kendiliğinden kararlaştırmamıştır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle nafakanın bu bedeli de kapsayacak şekilde genel anlamda kullanıldığı düşünülebilir. Nitekim İslâm hukukçuları arasında hidâne karşılığı alınması gereken bedelin hukukî niteliğinin “ücret” değil, “nafaka” olduğunu ileri süren hukukçular vardır. Osmanlı aile hukukunu doğrudan doğruya ilgilendirdiği için bu konu ile ilgili tartışmalara geniş olarak, çalışmanın Birinci Bölüm’ünde yer vermeye gayret edilmiştir.

Kararda çocuğun nafakası ve giysilerinin bedeli (kisve) olarak bir para takdir edilmiştir. Mahkeme ayrıca “Hidâne ücreti, eğer varsa, öncelikle çocuğun malvarlığından ödenir. Çocuğun kendi malı yoksa hidâne ücretini nafaka yükümlüsü ödemelidir” genel kuralından hareketle nafakanın çocuğun babasından tahsil edilmesi yönünde karar vermiştir.

3. Kararın Tâyin Edilen Nafakanın Kapsamı Açısından İncelenmesi

Anneanne Zibâ Hanım, sözü geçen küçüğün, nafaka, giysi ve diğer zorunlu ihtiyaçları (levâzım-ı zarûriyesi) için, babası Cemâleddin bin Şeyh Muhammed Efendi üzerine “kıbel-i şer’îden (şer’î açıdan) **kadr-ı ma’ruf meblâğ**ı faraza ve **takdir olunmasını**” talep etmiştir.

Talep edilen nafaka miktarının belirlenmesi mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Mahkeme çocuk için uygun bir bedel tayin eder. Osmanlı hukukuna ilişkin kaynaklarda nafakanın veya emzirme ücretinin miktarının tayininde “ma’ruf vechile” şeklinde bir ifadenin kullanıldığı görülmektedir. Bu sözcükler aslî kaynaklarda kullanılan kelimelerle örtüşmektedir (Bakara Sûresi: 233). “Onların (annelerin) **ma’ruf vech ile** rızkı (yiyeyeceği giyeceği) çocuk kendisinin olan babaya aittir” denmektedir. Sünnette de Hz. Peygamber’in kocasının cimriliğinden şikâyet eden Hind adlı kadına tavsiyesinde “onun malından sana ve çocuklarına yetecek kadarını ma’ruf vech ile al” dediği bilinmektedir¹⁸⁰. Mahkemenin kararının bu açıdan da İslâm Hukuku’nun genel esaslarına uygun olduğu söylenebilir.

¹⁸⁰ Döndüren, s. 212.

İncelenen bu kararda ayrıca Zîbâ Hanım'a gerektiğinde baba üzerine borçlanma (istidâne) hakkı, yetki ve izni de verilmiş olması muhtemel gibi görünmektedir. Çünkü kararda anneannenin “ ... beher şehir (her ay) otuzar kuruş faraz ve takdir buyurup mafruzan-ı mezkuru sagîre-i mezbure Fahriye'nin nafaka ve kisve ve sair levâzım-ı zaruriyesine **harc ve sarfa** ve **ledel-iktizâ ibtidârına** (gerektiğinde derhal işlem yapılmasına) **inde'z-zafer** (imkân doğduğunda/böyle bir imkâna nâil olduğunda) **babası merhum Cemâleddin Efendi üzerine rücûa** mezbure Zîbâ Hanım'a izin verilmeğin mâvekaa bittalep ketb olundu” denmektedir. Buradan Zîbâ Hanım sözü geçen nafakayı çocuğun ihtiyaçlarına harcamaya ve babasının borcu olacak şekilde kendisi karşılamaya yetkili kılınmış gibi bir anlam çıkmaktadır. Belki acil durumlarda kendisinin olandan kullandığı bedel için sonradan babaya rücû da edebilecektir.

Bu aşamada hangi harcamaların babaya yüklenebileceği hususunu açıklanmalıdır. Karardan çıkan sonuca göre bunun tayini örf ve hakimın takdirine bırakılmıştır. Hâdine çocuk için yaptığı lüks veya gereksiz harcamaları da babadan talep edemezdi. Yapılacak harcamalar kadr-ı ma'ruf ile sınırlanmıştır.

Küçük Fahriye'nin bakım ve gözetim yükümlüsü (hâdinesi) ve ninesi Zîbâ Hanım'ın beyanlarının doğruluğu ve sözü edilen miktarın, kadr-ı mâruf olduğu konusunda, sicil kaydının altında tanıklık edenlerin adları bulunmaktadır. Bu kişilerin “ihbarları zahir ve muhakkak olmağın” mahkemenin hakimi (hakim-i muvakkaa sadr-ı kitap Alâ Hanmeab Efendi hazretleri dahi) küçük Fahriye'nin nafaka, kılık kıyafet ve diğer zorunlu masrafları için babası Cemâleddin bin Şeyh Muhammed Efendi üzerine “bitterâhi işbu yazılmış tarihten (tarih-i kitaptan) itibaren” her ay (beher şehir) otuzar kuruş nafakayı vermesini farz (belirlenmiş) ve takdir buyurmuştur.

Genel olarak nafaka her ay için takdir olunur ve kadının kendisine teslim edilirdi. Ayrıca genel olarak elbise her altı ayda bir takdir olunur ve nafaka israfsız ve taktirsiz (hiçbir şekilde azaltmadan/eksiksiz) kadına yetecek şekilde belirlenirdi. Bu konuda kadın ve kocanın durumları göz önüne alınarak hakkaniyete uygun bir hesaplama yapılırdı. Genel olarak kadın için tayin edilen nafaka miktarlarında her iki tarafın da ekonomik durumları önem taşımıştır.

Şer'î sicil kayıtları ve belgelerde nafaka talepleri “nafaka ve kisve baha”, veya nafaka ve kisve ve sair levâzım” olarak ifade edilmektedir.

Buradan o dönemde “nafaka” sözcüğü, daha çok yeme-içme gibi aslî ve hayatî ihtiyaçları kapsar mânâda kullanılmış giyim-kuşam giderleri için “kisve/kisve-baha”; diğer ihtiyaçlar için ise “ve sair levazım” tercih edilerek ayrı ayrı belirtilmişlerdir.

Kararın altında tarih olarak 289.5.2 (5 Ramazan 1289), (Miladî 1872) olarak belirtilmiş, muhızırın adı yazılmıştır.

SONUÇ

Evlilik birliği sürerken farkına varılmasa da aile içinde örtülü bir işbölümü bulunmaktadır. Ancak bu işbölümü; ‘baba dışarıda çalışır, anne evdeki işleri yapar ve çocuklara bakar’ şeklinde keskin hatlarla ayrılmış değil, tam tersine kaynaşmıştır. Her ailenin kendi özelliklerine ve örf-âdete göre değişiklik gösterebilir. İdeal bir ailede eşler, gerek çocukların bakım ve terbiyesi gibi manevî, gerekse yiyecek ve içeceği ile meskeni gibi maddî ihtiyaçlarını birlikte karşılamaktadırlar. Baba sadece evin geçimi için çalışıp nafaka temin etmekle kalmamakta, doğumundan itibaren çocukla yakın bir kişisel ilişki içine de girmektedir. Onu sevmek, çıkarıp gezdirmek, yedirip içirmek, gözetip kollamak, onunla oyun oynamak, ona bir şeyler öğretmek bu ilişkinin farklı görünümleridir.

Anne de çocuğun, kendisinin veya evin ihtiyaçlarını gidermek maksadıyla harcama yapması gerektiğinde, kendi malı veya parasını da kullanabilir. Hattâ çocuğunu emzirmek veya bakmak için eşinden ücret istemesi gibi durumlar evlilik, ana-baba-çocuk ilişkisinin niteliğine uygun gibi görünmemektedir. Eğer annenin çocuğa bakma veya süt verme konusunda sorunu varsa, tıbbî çözümlere başvurulabilir ya da eşlerin anlaşmasıyla bir bakıcı/sütanne de tutulabilir.

Boşanmada veya eşlerden birinin vefatında çocukların hukukî durumu büyük önem kazanmaktadır. Çünkü evlenme ile birlikte eşlerin birbirlerine karşı sorumlulukları doğduğu gibi, aileye yeni bir üye katıldığı zaman da bu kez her eşin çocuğa karşı sorumlulukları ve aynı zamanda çocuk üzerinde hakları ortaya çıkmaktadır. Hak ve sorumlulukların hangi eşe ait olduğunun belirlenmesi, hem günümüz hem de tarihte kalmış olan hukuk düzenleri bakımından önemli, bir sorundur. Çünkü tüm yükümlülüklerin sadece kadına veya erkeğe yüklenmesi hakkaniyete uygun olmaz. Yükümlülüklerin her iki tarafı da zorlamayacak şekilde dağıtılması gerekmektedir.

Çalışmamızda, Osmanlı hukukunda hak ve sorumlulukları paylaşarak hakkaniyete uygun şekilde dağıtmanın hangi kurallar veya içtihatlarla göre

yapıldığı konusunda bazı sonuçlara varılmıştır. Elde edilen sonuçları iki grupta toplamak mümkündür.

Bunlardan biri İslâm hukukçuları arasında farklı görüşlere konu olmuş hidâne hakkı ve buna benzer diğer kavram ve kurumlara ilişkin teorik tartışmalarla ilgili vardığımız sonuçlar grubudur. Tarihsel kurumları incelerken köken olarak benzer kurumların da değerlendirilmesi önemlidir. Çünkü bazı kavram ve kurumlar benzer bir başka müesseseden kaynaklanmış veya ayrımlaşarak tanımlanmış ve bir başka müessese haline gelmiş olabilir.

Çalışmanın neticesinde elde edilen diğer grup sonuçlar ise İzmir şehri şer'î mahkeme kararına konu olayda hidânenin nafaka ile ilişkisi bağlamında varılanlardır. Bu tartışmaları ve sonuçları aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür:

İlk sözü edilen sonuçlar arasında en başta, genel olarak kavramlar ve kapsamı konusunda mezhepler ve mezhep içi müçtehitler arasında bir görüş birliğine varılamaması gelmektedir. Doktrinde velâyetin, hidâneyi de içine alacak şekilde geniş bir kapsamda düşünülmesi gerektiğini ileri sürenlerin yanında velâyetin ve hidânenin farklı kurumlar olduğunu savunanlar da bulunmaktadır. Ancak İslâm hukukçularının tartışmaları ile birlikte çalışmamıza konu olan karar göz önüne alındığında, zamana ve yaşanan yerin örf-âdetlerine göre bu kavramların kapsamının değişebildiği görülmüştür. Klâsik fıkıh yazınındaki görüşlerin temeli her ne kadar bu aslı kaynaklar ise de tarihsel süreç içinde mezhep hukukçularının kendi görüşlerini de yansıtacak şekilde farklılık göstermiştir. Mezhep hukukçularının görüşlerinde, hakkında nass olmayan durumlarda, örf-âdetin büyük etkisi olduğu sonucuna varılabilir. Çalışmanın neticesinde İslâm hukukunda velâyetin babaya, hidânenin anneye ait olacağı yaklaşımının hadis kaynaklı bir kâide olduğu sonucuna varılmıştır.

Hidânenin bir hak mı yoksa sorumluluk mu olduğu konusu ile, hak olduğu kabul edildiği zaman bunun çocuğa mı yoksa hâdineye mi ait bulunduğu hususları da tartışmalıdır. *İbn Âbidin* bu konudaki görüşleri değerlendirdikten sonra, kendisi karma bir görüş benimseyerek hidânenin, hem annenin hem de çocuğun hakkı olduğunu belirtmiştir. Çocuğu ile bizzat ilgilenmek ve ondan ayrılmamak, bir annenin en doğal hakkıdır. Buna dayanılarak baba veya bir üçüncü kişinin çocuğu, gerekli şartları taşıyan bir anneden almasının mümkün olmadığı sonucuna varılabilir. Ancak hâdinenin anne olması ile anne dışında biri olmasına farklı hukukî sonuçlar bağlanmıştır. Anne dışındaki hidâne sahibinin çocuk üzerinde herhangi bir hakkı bulunmamaktadır. Buna rağmen bakım yükümlüsü olarak belirlenen kişi de bu görevi yerine getirmek zorundadır.

O hâlde kendisinin bakılıp büyütülmesini istemek, çocuk bakımından da bir haktır. Osmanlı hukukçusu *Ebussuûd Efendi*, tüm görüşleri değerlendirerek hidânedede biri çocuğa, diğeri anneye ait olan iki hakkın yarıştığı kanaatini açıklamıştır. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, bunlardan çocuğun hakkı anneninkinden hem daha önemli, hem de önceliklidir.

Hidâne çocuğa bakan açısından aynı zamanda bir görevdir. Eğer bakım yükümlüsü bizzat baba değil ise, çocuğa bakıcı tutup ücretini ödemekle yükümlü olan baba açısından bir sorumluluk doğduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Bakım yükümlüsü baba ise ya fiilen çocuğa kendisi bakacak ve diğer işlerini yanında çalışanlara yaptıracaktır veya kendi işinde çalışırken çocuğun bakımını bir bakıcıya emanet edecektir. Her iki durumun hukukî sonuçları farklıdır. Netice itibariyle hidânenin çocuğa bakan açısından hem hak hem görev; çocuk açısından ise bir hak olduğu kabul edilmelidir.

Yukarıdaki açıklamalara ek olarak hidânenin özel nitelikli bir görev olduğu kanaatine varılmıştır. Hukukta kural olarak üzerine düşen bir görevi yerine getirmeyen kişi bunu ifaya zorlanabilmektedir. Ancak hidânedede bir çocuğun veya kendisini savunamayacak/şikâyet edemeyecek âciz bir insanın bakımı söz konusu olduğundan bu görevi ifadan kaçınanı ifaya zorlamak, bakıma muhtaç olanın yararı açısından, doğru görünmemektedir. Bakım yükümlüsü çocukla en yakın ilişki içinde olacaktır. Her gün onunla pek çok kereler yalnız kalacaktır. Bu nedenle hâdinenin her şeyden önce, bakıma muhtaç olanı bakmaya istekli; yakınlık ve şefkat duyan biri olması gerekmektedir.

Doktrinde hidânenin sadece küçük çocukların değil aynı zamanda fiziksel veya zihinsel yetersizlikten dolayı tek başına hayatını sürdürmeyecek durumda olan büyüklerin de bakım, gözetim ve hiç olmazsa kendi ihtiyaçlarını karşılayacak kadar eğitilmelerini de kapsadığını düşünen yazarlar vardır.

Ayrıca önceki aile hukukumuzda hidâne hakkının bir ebeveyn veya akraba üzerine sadece tesis edilmekle yetinilmediği görülmüştür. Tayin edilen bakım yükümlüsünün denetimi üzerinde önemle durulmuş ve bu işin hâkimlerce yapılması esası getirilmiştir. Bir kişinin, çocuğun ebeveyni veya yakın akrabası olması onun, çocuğun bakım ve gözetimi konusunda çok iyi ve yetkin olacağı anlamına gelmemektedir. Aynı şekilde başlangıçta bu konuda yeterli ve yetkin olan bir bakım yükümlüsü, sonraki dönemlerde bu özelliğini yitirebilir. Çocuğun bakımı ve büyütülmesi bir anlık bir iş değil, tam tersine uzun soluklu bir süreçtir. Bakan kişinin bu süreci iyi yönetmesi gerekmektedir.

O yüzden tarihte kalmış bir hukuk sistemi olmakla beraber İslam hukukçuları “süreç boyunca denetim” üzerinde önemle durmuşlardır.

Çalışmamızda varılan bir diğer önemli sonuç, hidânenin muhâla’ a yoluyla boşanmalarla olan yakın ilişkisi ve küçük çocuklar bakımından emzirme sorumluluğu ve ücreti ile olan bağlantısıdır.

İslâm hukukunda tartışmalı olan bir diğer konu evlilik birliği sürerken kocanın evin nafakasını sağlayamamasıdır. Bu durum Hanefî mezhebine göre kadın bakımından tek başına boşanma sebebi sayılmamıştır. Nafakayı sağlayabileceği hâlde bunu yapmayan koca için kadın, mahkemeye başvurarak kendi ve ailesi için nafaka tayin ettirebilirdi. Böylece eğer kadının boşanmak isteme sebebi sadece, “eşinin parasını doğru idare edememesi” ise bu sebeple boşanmanın önü alınmış olurdu. Evlilik birliği sürerken fiilen eve maddî katkı sağlamayan erkekler, genellikle boşandıktan sonra da hâkim tarafından tayin edilen nafakayı ödemeyeceği için kadın yine bu kez nafaka kararının icrâsı ile uğraşarak mağdur olmaktadır.

Çalışmaya konu kararın incelenmesinden elde edilen ve ikinci grup olarak belirlediğimiz sonuçların başında, kararda nafakadan ayrı bir hidane ücretinden bahsedilmemesi gelmektedir. Oysa hidane hakkını anneden başka birisi kullanıyorsa ücrete hak kazanırdı. İslâm hukukunda ücrete hak kazanılacak durumlar sayılmıştır. Bunlardan biri söz konusu ise bu ücret öncelikle çocuğun kendi malı varsa oradan ödenmelidir. Çocuğun kendi malı yoksa hidâne ücretini nafaka yükümlüsü ödemelidir. Çalışmamızdaki örnek kararda nafakadan ayrı bir ücret talebi olmayışı, İslâm hukukçuları arasında hidâne karşılığı alınması gereken bedelin hukukî niteliğinin “ücret” değil, “nafaka” olduğunu ileri süren hukukçuların görüşlerini çağrıştırmaktadır. Osmanlı Aile Hukuku’nu doğrudan doğruya ilgilendirdiği için bu konu ile ilgili İslam hukuk doktrinindeki tartışmalara geniş olarak, çalışmanın Birinci Bölüm’ünde yer verilmeye gayret edilmiştir.

Çalışmamızın sonuç kısmında genel olarak boşanmaya bağlanan sonuçlar bağlamında günümüze ışık tutabilecek bir konu olması açısından da bazı genel nitelikli çıkarımlarımız olmuştur. İnsanın ve hukukun doğası göz önünde bulundurulduğu zaman tarihin her devrinde hukuk düzenleri veya hukukçuların aile kurumuna ayrı bir önem attıkları görülmektedir. Çocukların gerek maddî, gerek manevî gelişimleri, sağlıklı bir toplumun oluşmasında çok önemlidir. Maddî anlamda bir çocuğun sağlıklı, yeterli ve dengeli beslenmesi, sağlıklı büyüebilmesi için uygun yaşam alanına sahip olması, okuması için gereken masraflar ve hastalığında tedavi masrafları gibi

birçok ihtiyacının düşünülmesi gerekmektedir. Sağlıklı bir manevî ve zihinsel gelişim sürdürmesine yönelik tedbirlerin alınması bağlamında çocuğun oyun, eğlence ve diğer sosyal etkinliklere katılımının sağlanması, olumlu davranışlar kazandırılarak terbiyeli ve ahlâklı bir birey olarak yetiştirilmesi gerekmektedir.

Yukarıda sayılanlar, bazen tek başına sorumsuz ebeveyne bırakılamayacak kadar önemli konulardır. Çalışmayan ve evin maddî-manevî ihtiyaçlarını umursamayan bir baba veya çocuklarını ve ailesini başkasına muhtaç durumda bırakıp giden bir anne söz konusu olduğunda ne yapılması gerektiği konularında kanun koyucular düzenleme yapmak durumundadır. Çalışmanın konusu olan hidâne bu bağlamda son derece önemli bir müessesedir. Tıpkı ebeveynin vefatı gibi boşanma da küçük bir çocuk için çok sancılı bir süreçtir. Muhakkak manevî bir yaralanmaya sebep olacaktır. Bu sürecin çocuk bakımından hasarsız şekilde atlatılması günümüzde çocuk sağlığı ve gelişimi bakımından önem taşıyan konuların başında gelmektedir.

Ek-1: “Nafaka” Tayinine İlişkin Kararın Aslı



Ek 2: “Nafaka” Tayinine İlişkin Kararın Transkripsiyonu

Medine-i İzmir’de Mahalle-i Cedid’te sakin iken bundan akdem vefat eden Hafize binti Şeyh Muhammed’in sadriye (çocukla annesi ve onun hısımlarıyla olan bağı) sağîre (küçük kız) Fahriye’nin min kable’l-eyyâm

ceddesi (nine) mahalle-i mezbure sakinlerinden zat-ı tarif-i şer'î ile marife olan işbu baisetü'l-vesika Zîbâ binti Abdullah nam hatun Meclis-i Şer'î Şerifi'n-Nur'da sagîre-i mezburun babası Şeyh Cemâleddin ibni Şeyh Muhammed Emin Efendi mahzarında takrir-i kelâm ve tâbir-i ani'l-meram idüp merkur Cemâleddin Efendi kızım müteveffâ-i mezbûranın hayatında hâl-i zevciyet beynlerinde kâime iken merkur Cemâleddin Efendi'nin ferâğından hâsıla ve kızım müteveffâ-i mezbureden mütevellide bi-hakk-ı'l-hizane (hidâne) hucur (kucak) ve terbiyemde olan işbu hâzır-ı bi'l-meclis iki yaşında sagîre-i mezbure Fahriye'nin nafaka ve kisveye kâfî malı olmayıp, nafaka ve kisveye eşedd-i (şiddetle) ihtiyaçla muhtace olmakla sagîre-i mezbûrenin nafaka ve kisve ve sair levâzım-ı zarûriyesiçün beynimden babası merkur Cemâleddin Efendi üzerine kibel-i şer'den kadr-ı ma'ruf meblâğı farz ve takdir olunmak muradımdır didikte sagîr-i mezbure Fahriye'nin hidânesi ve ceddesi (ninesi) mezbure Zîbâ Hatun'un takriri vakıa mutabık ve zikri âtî meblâğ dahi kadr-ı mâ'rufe idügi zîr-i (altında) muharrer-ül esâmi kesâne ihbarları zâhir ve muhakkak olmağın hakim-i mevki' suver-i küttâb tûbâ (mutlu) leh (ona ne mutlu) hüsn-i meab Efendi Hazretleri dahi sagîre-i mezbure Fahriye'nin nafaka ve kisve ve sair levazımı zaruruyesiçün babası merkur Cemâleddin üzerine bi't-terâhi işbu tarih-i kitaptan (yazılmış tarihten) itibar beher şehir (ay) otuzar kuruş farz ve takdir buyurup mefruzan-ı mezkûru, sagîre-i mezbure Fahriye'nin nafaka ve kisve ve sair levâzımı zaruruyesine harc ve sarfa ve lede'l-iktizâ ibtidârına ve inde'z-zafer babası merkur Cemâleddin Efendi üzerine rücûa mezbure Zîbâ Hatun'a izin verilmeğın mâveka'a bittalep ketbolundu. Fî(-de) 5 Ramazan sene 289

Emîn-i yed Muhammed Beytü'l-mâl Müdiri Hacı Muhammed Efendi
Muhzır Salih

mütehakkık olduktan sonra binti sagîre-i mezbure Fahriye'nin babası velisi zevc-i merhum Şeyh Cemaleddin Efendi merzatlari tarifi şer'i ile muarrefetan olan ümmü mezbure Zibâ ile ühtü mezbure Fatime'den her biri Meclis-i Şer'i Şerifi'n-Nur'dan işbu bâisetü'l-vesika ühtülehüma mezbure Aişe mahzarında ikrar-ı't-tam ve takrir-i kalam edüp mevtate(fevtate?) mezburenin düyûn-u müşeyyedesini olup menkul terekesi, düyununa vefa etmediğinden akarının dahi bey'yle semeninden (satımından) edâ-i deyn olunmak lazım geldiği ecilden (için) nisf-ı hisse-i şayiası fevtatı mezburenin hayatında ilalfevti taht-ı tasarrufunda olan bir bab mülkü Sûk-ı Sultanide mecmâi-nas mahalde talibine arz ve nida ve müzayede olunarak ragabat-ı nas inkıtâında mezbure Aişe üzerinde mavekaa bittalep ketbolundu. 289 Safer 3.¹⁸¹

Kaynak: İzmir Kadı Sicilleri 30 Numaralı Sicil.

Transkripsiyon: İrem Karakoç.

¹⁸¹Burada, kararın tam metninin değil sadece çalışmaya konu olan asıl olaydaki akrabalık ilişkilerini gösteren kısmının transkripsiyonu verilmiştir.

KAYNAKÇA

- İzmir 30 no'lu Şer'iyeye Sicili**, Mikrofilm: 6168, No: 4 (0030.0030.0004), Sayfa no: 2-3, Millî Kütüphane Başkanlığı'na ait demirbaş no: 30, Çekildiği yıl: 1998.
- Akgündüz**, Ahmed ; İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı, Özel Hukuk-I, (Şahsın Hukuku-Aile Hukuku), İkinci Cild, (OSAV Yayınları), İstanbul 2012.
- Avcı**, Mustafa ; Türk Hukuk Tarihi, (Mimoza Yayınları), Konya 2012.
- Aydın**, Mehmet Âkif; Türk Hukuk Tarihi, 12. Baskı, (Beta Yayınları), İstanbul 2014, (Tarih).
- Aydın**, Mehmet Âkif ; İslâm-Osmanlı Aile Hukuku, (MÜİFV Yayınları), İstanbul 1985, (Aile).
- Ansay**, Sabri Şakir; Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 4. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2002.
- Baktır**, Mustafa ; “İslâm hukukunda Hıdâne”, AÜİF Dergisi, S. 7, İstanbul 1987, s. 259 vd.
- (atauni.edu.tr/atauniilah/article/download/.../1020004363)
- Bardakoğlu**, Ali ; “Hidâne” Maddesi, *DİA*, C. 17, İstanbul 1998.
- Bilmen**, Ömer Nasuhi ; Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kâmusu, C. II, (İÜ yayınları No: 402; Hukuk Fakültesi No: 90) T.A.O-İstanbul Matbaacılık, 1950.
- Canbulat**, ; Dinî Kavramlar Sözlüğü, (Yayına Hazırlayan: İsmail Karagöz) “Velâyet” Maddesi, (DİB Yayınları), 5. Baskı, Ankara 2010.
- Cin**, Halil ; Eski Hukukumuzda Boşanma, II. Baskı, Konya 1988.
- Cin**, Halil- **Akgündüz**, Ahmed ; Türk Hukuk Tarihi, (OSAV Yayınları), İstanbul 2011.
- Cin**, Halil-
- Akyılmaz**, Gül ; Türk Hukuk Tarihi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, (Sayram Yayınları), Konya Eylül 2011.
- Çiğdem**, Recep ; Mukayeseli Medeni Hukuk, İslâm-Türk Mer'i, Kişi, Aile ve Miras Hukuku, (Rağbet Yayınları), İstanbul 2012.
- Demir**, Abdullah ; Türk Hukuk Tarihi, Genişletilmiş 2. Baskı, (Yitik Hazine

- Yayınları), İstanbul, Kasım 2014.
- Döndüren**, Hamdi ; Delilleriyle İslâm Hukuku, Şahıs, Aile ve Çözümlü Miras, Konya 1977.
- Ekinci**, Ekrem Buğra ; Osmanlı Hukuku, Adalet ve Mülk, (Arı Sanat Yayınları), İstanbul 2008.
- Hacı Reşid Paşa** ; Rûhü'l-Mecelle, C. III, İstanbul 1328.
- Halebî**, İbrahim
bin Muhammed
(Ter. M. Uysal) ; İzahlı Mültekâ el Ebhür Tercümesi, C. 2, İstanbul Tarihsiz.
- Hatemi**, Hüseyin ; İslam Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, (Sümer Kitabevi), İstanbul Kasım 2012.
- Karaman**, Hayreddin ; Yeni Gelişmeler Karşısında İslâm Hukuku, (İz Yayıncılık), 5. Baskı, İstanbul 2004, (Yeni Gelişmeler).
- Karaman**, Hayreddin ; Anahatlarıyla İslâm Hukuku, (Ensar Neşriyat), 13. Baskı, İstanbul 2008.
- Karaman**, Hayreddin ; Mukayeseli İslâm Hukuku, C. I, 4. Baskı, (İz Yayıncılık), İstanbul 2006.
- Karaman**, Hayreddin-
Çağırıcı, Mustafa-
Dönmez, İ. Kâfi-
Gümüş, Sadrettin ; Kur'an Yolu, Türkçe Meal ve Tefsir, C. I, II, V, Ankara 2007.
- Kaşıkçı**, Osman ; "Eski Hukukumuzda Süt Emzirme Akdi", www.erzincan.edu.tr/birim/Hukuk Dergi/makale/2006_X_2.pdf.
- Mâlik bin Enes**, İmam
(Ter. A. Öztürk) ; El-Muvattâ' Tercümesi, (Kahraman Yayınları), C. I, İstanbul 2013.
- Merginânî**, Burhânüddîn
Ebu'l-Hasan
Ali b. Ebû Bekir
(Ter. A. Meylânî) ; İslâm Fıkhdan Tahriçli ve Tahkikli, Hanefiler için İslam Fıkhı, El-Hidâye Tercemesi,

- C. II-III, (Kahraman Yayınları), İstanbul 2013.
- Paçacı, İbrahim** ; Dinî Kavramlar Sözlüğü, (Yayına Hazırlayan: İsmail Karagöz) “Asabe” Maddesi, (DİB Yayınları), 5. Baskı, Ankara 2010.
- Paçacı, İbrahim** ; Dinî Kavramlar Sözlüğü, (Yayına Hazırlayan: İsmail Karagöz) “Bâin Talâk” Maddesi, (DİB Yayınları), 5. Baskı, Ankara 2010.
- Paçacı, İbrahim** ; Dinî Kavramlar Sözlüğü, (Yayına Hazırlayan: İsmail Karagöz) “Ric’î Talâk” Maddesi, (DİB Yayınları), 5. Baskı, Ankara 2010.
- Paçacı, İbrahim** ; Dinî Kavramlar Sözlüğü, (Yayına Hazırlayan: İsmail Karagöz) “Hidâne” Maddesi, (DİB Yayınları), 5. Baskı, Ankara 2010.
- Paçacı, İbrahim** ; Dinî Kavramlar Sözlüğü, (Yayına Hazırlayan: İsmail Karagöz) “Mubâraa” Maddesi, (DİB Yayınları), 5. Baskı, Ankara 2010. bakılacak
- Paçacı, İbrahim** ; Dinî Kavramlar Sözlüğü, (Yayına Hazırlayan: İsmail Karagöz) “Hul” Maddesi, (DİB Yayınları), 5. Baskı, Ankara 2010.
- Paçacı, İbrahim** ; Dinî Kavramlar Sözlüğü, (Yayına Hazırlayan: İsmail Karagöz) “Nafaka” Maddesi, (DİB Yayınları), 5. Baskı, Ankara 2010.
- Paçacı, İbrahim** ; Dinî Kavramlar Sözlüğü, (Yayına Hazırlayan: İsmail Karagöz) “Velayet” Maddesi, (DİB Yayınları), 5. Baskı, Ankara 2010.
- Es-Sâğircî,**
Esad Muhammed
(Ter. H. Aldemir-S.
Kocabaş-S. Duman) ;Delilleriyle Hanefî Fıkhı (El-Fıkhü’l-Hanefiyyu ve Edilletuhû, (Karınca-Polen Yayınları), İstanbul 2010.
- Serahsî, Ebû Sehl Ebû Bekir**
Muhammed bin Ahmed
(Çev. M.C. Akşit) ; El-Mebcut, C. 5, (Gümüşev Yayınları), İstanbul 2008.

- Şimşek, Esra** ; İslâm Aile Hukukunda Kadının Hak Arama Hürriyeti, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2009.
- Topal, Şevket** ; “Korumaya Muhtaç Çocukların Bakımı ve Gözetimi Açısından İslâm Hukukunda Velayet ve Vesayet Yetkisi”, www.dinbilimleri.com/makaleler/2031_473897_0603090.351.pdf
- Tahâvî, İmam**
(Notlar Ekleyerek
Tercüme Eden, S. Duman) ; Mukayeseli Hanefî Fıkhı, Tahâvî Muhtasarı, (Beka Yayıncılık), İstanbul Nisan 2013.
- Üçok, Coşkun-Mumcu, Ahmet**
- Bozkurt, Gülnihâl** ; Türk Hukuk Tarihi, 11. Bası, Ankara 2006.
- Zuhayfî, Vehbe**
(Çev. Ahmet Efe-
Beşir Eryarsoy-Fehmi Ulus-
Abdürrahim Ural- Y. Vehbi Yavuz-
Nurettin Yıldız) ; İslâm Fıkhı Ansiklopedisi, C. 10, İstanbul 1994.

BARCELONA TRACTION DAVASI VE ULUSLARARASI HUKUKA ETKİSİ

Yasin SÖYLER*

ÖZET

Uluslararası hukuk doktrininde, şirketlerin ve şirket hissedarlarının ülkesinde ticari faaliyet yürüttükleri yabancı bir devlete karşı korunmaları ve özellikle bunların vatandaşlığında bulunduğu devletin bunlar adına diplomatik himaye sağlaması konusu ile herkese karşı ileri sürülebilen yükümlülüklerin (erga omnes) söz konusu olduğu hemen her durumda Barcelona Traction Davası'na başvurularak bir açıklama ortaya konulmaya çalışılmaktadır. Benzer açıklamalar; uluslararası hukukta yabancı yatırımların korunması konusu gündeme geldiğinde de karşımıza çıkmaktadır. Doktrinde genellikle bahsi geçen konular; diplomatik himaye, erga omnes yükümlülük veya yabancı yatırımların korunması şeklinde başlıklar açılarak incelenmekte, Barcelona Traction Davası'na ise sadece ilgili oldukça veya yeri geldikçe göndermede bulunmaktadır. Uluslararası hukukta diplomatik himaye, erga omnes yükümlülükler; yabancı yatırımların korunması ve diğer uluslararası hukuk kuralları açısından ortaya çıkardığı önemli etkiler nedeniyle burada yöntem olarak doktrinde yapılan genel çalışmaların aksine, doğrudan Barcelona Traction Davası ele alınmış ve bu dava, uluslararası hukuk kuralları açısından ortaya çıkardığı etkiler yönüyle baştan sona değerlendirilmiştir. Böylece, davanın söz konusu uluslararası hukuk kurallarına etkisi ve bu etkinin günümüzde ne şekilde varlığını sürdürdüğü ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Barcelona Traction Davası, diplomatik himaye, erga omnes, jus cogens, uluslararası yabancı yatırım, hakkaniyet.

THE CASE OF BARCELONA TRACTION AND ITS EFFECT ON INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT

In international law doctrine, when it is argued that the protecting the rights of companies and companies' shareholders against foreign country in which they trade and especially the subject of diplomatic protection of their own countries, writers frequently try to make an explanation about these issues by referring to Barcelona Traction Case. Similar explanations can be made in international law when taken into account protecting foreign investment and obligation which can be claimed to everyone (erga omnes). Although these subjects in doctrine usually are

* Dr., Başbakanlık Uzmanı, Başbakanlık, ya.soyler@hotmail.com

directly argued out as diplomatic protection, erga omnes obligation or protecting of foreign investment; Barcelona Traction Case is taken into consideration when only it is involved and it is discussed only superficially. On the contrary this methodology, as a result of its important effects in international law, the Barcelona Traction Case is directly dealt in this article and its effects evaluated completely. Thereby, we try to reveal its influence in international law and how its influence carries on nowadays.

Keywords: The Case of Barcelona Traction, diplomatic protection, erga omnes, jus cogens, international foreign investment, equity.

GİRİŞ

Uluslararası hukukta, uluslararası mahkeme ve hakem kararları bu alanın yardımcı bir kaynağı olarak kabul edilir. Bu kararlar yeni bir uluslararası hukuk kuralının ortaya çıkmasında bir hukuksal kaynak olarak değil, uluslararası hukuk kurallarının tespiti ve açıklığa kavuşturulmasında başvurulan yardımcı bir kaynak olarak karşımıza çıkar. Uluslararası Adalet Divanı kararları da yardımcı bir hukuk kaynağı olarak kendisine sıkça başvurulan kararlar arasında yer almaktadır.

Divan, diğer birçok kararında olduğu gibi *Barcelona Traction* Kararı'nda da kimi uluslararası hukuk sorunlarının çözümüne ve açıklığa kavuşmasına önemli bir katkı sağlamıştır. Diplomatik himaye, şirketlerin vatandaşlığı, şirket hissedarları adına diplomatik himaye hakkı, *erga omnes* yükümlülükler ve hakkaniyet gibi uluslararası hukuk konuları bu kararda tartışılmıştır.

Barcelona Traction Kararı özellikle şirket hissedarları adına hissedarların vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye hakkının yokluğu ve uluslararası hukukta *erga omnes* yükümlülüklerin varlığının kabulü ile adından sıkça söz ettiren bir karar niteliğine kavuşmuştur.

Çalışmamızda öncelikle *Barcelona Traction* Kararı hakkında kısa bir bilgi verilmiş, sonra Kararın diplomatik himaye hakkı açısından ortaya çıkardığı sonuçlar ele alınmıştır. Bu çerçevede ilk önce genel olarak diplomatik himaye hakkı incelenmiş ve devamında *Barcelona Traction* Kararı; diplomatik himaye hakkının kullanılabilmesi açısından şirket vatandaşlığının tespiti, şirket hissedarları adına diplomatik himaye hakkı ve hakkaniyet ilkesi ile uluslararası yatırım anlaşmalarının bu hakka etkisi yönlerinden incelenmiştir.

Son bölümde ise Kararda ele alındığı çerçevede *erga omnes* yükümlülükler değerlendirilmiş ve uluslararası hukuka etkisi ortaya konulmaya çalışılmıştır.

I. DAVANIN KONUSU¹

Uluslararası Adalet Divanı nezdinde açılan *Barcelona Traction* Davası'nın² tarafları Belçika ve İspanya devletleridir. Belçika davacı, İspanya ise davalı konumundadır³. *Barcelona Traction* Davası, esasen Kanada kanunlarına göre kurulmuş ve İspanya'da faaliyet gösteren *Barcelona Traction* Şirketi'ne İspanya tarafından el konulması üzerine Şirketin Belçika vatandaşı olan hissedarları adına Belçika hükümetinin diplomatik himaye girişimi ve ortaya çıkan zararın tazmin talebine yönelik bir davadır⁴.

Davayı ortaya çıkaran süreç şu şekilde gelişmiştir:

Barcelona Traction Şirketi 1911 yılında Kanada'da kurulmuş ve yönetim ofisi aynı ülkede oluşturulmuştur. Şirket, İspanya'da elektrik üretim ve dağıtım faaliyeti yürütmek amacıyla ofislerinden bazıları Kanada'da, bazıları da İspanya'da kayıtlı bulunan şirketler de oluşturmuştur⁵. *Barcelona Traction*, piyasaya az bir kısmı İspanyol para birimiyle, fakat esasen sterlin olarak tahvil ihraç etmiş, Şirketin tahvil ihracı 1936 yılında İspanyol iç savaşından dolayı durdurulmuş, 1940 yılında İspanyol para birimiyle ihraç edilen tahvillerin ödemeleri İspanya yetkili makamlarının izniyle yeniden başlatılmış, ancak sterlin tahvillerinin ödemeleri yabancı para transferine izin verilmediğinden dolayı başlatılmamıştır⁶.

¹ Bu çalışmada, büyük ölçüde Uluslararası Adalet Divanı'nın *Barcelona Traction* Kararı'nda yer verdiği gerekçelerden yararlanılmış ve bazen Divanın gerekçelerinin Türkçe'ye çevrilmesi yoluna gidilmiştir. Yararlanılan ya da Türkçe'ye çevrilen kısımlar dipnotlarla gösterilmiştir. Ayrıca *Barcelona Traction* Kararı'nın özet Türkçe çevirisinin yer aldığı şu eserden de yararlanılmıştır: Aslan Gündüz, **Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar**, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2000, s. 574-582.

² *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, ICJ Reports 1970. <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.1.2015).

³ Davanın önemi, uluslararası hukuk kurallarının gelişimine katkısı ve dönemindeki ünü hakkında bkz. Christian J. Tams, Antonios Tzanakopoulos, "Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development", **Leiden Journal of International Law**, 23 (4), 2010, s. 781-782. Davanın, diplomatik himaye kurumu açısından önemi hakkında bkz. Ali İbrahim Akkutay, **Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 11.

⁴ Gündüz, s. 574.

⁵ ICJ Reports, 1970, s. 7, parag. no. 8.

⁶ ICJ Reports, 1970, s. 8, parag. no. 10-11.

1948 yılında, *Barcelona Traction* Şirketi'nin piyasaya ihraç ettiği tahvillerinin sahibi olan bazı kişilerin İspanya mahkemelerine başvurarak tahvillerin faizlerinin ödenmemesinden dolayı Şirketin iflasına karar verilmesi için talepte bulunması ile birlikte 12 Şubat 1948 yılında *Barcelona Traction* Şirketi'nin iflasının ilanına karar verilmiş, iflasın ilanı ile birlikte iflasa bir komiser ve geçici tasfiye memuru atanması ve Şirket varlıklarının haczi kararlaştırılmıştır⁷. Bu kararı takiben, Şirketin üst düzey personeli görevden alınmış, yerlerine İspanyol yöneticiler atanmış ve Şirket üzerinde yeni hisseler oluşturularak bu hisseler 1952 yılında açık artırma ile satılmıştır. Hisseleri, Fuerzas Electricas de Cataluna, S.A. (Fecsa) satış almış ve böylece bütün kontrol bu şirkete geçmiştir⁸.

İspanya tarafından *Barcelona Traction* Şirketi'ne el konulmasına karşılık olarak Belçika hükümeti diplomatik himaye ve ortaya çıkan zararların tazminini sağlamak amacıyla Divan'a başvurmuştur. Ancak Divan, uyuşmazlığı, aşağıda ayrıca açıklandığı üzere Kanada kanunlarına göre kurulmuş *Barcelona Traction* Şirketi'nin, İspanya'da elektrik üretim ve dağıtım faaliyeti sırasında İspanya'nın aldığı bazı tedbirler sonucu zarar görmesi sonucunda, şirketin hissedarlarının büyük bir çoğunluğunun vatandaşlığında bulunduğu Belçika devletinin vatandaşları adına İspanya'ya karşı diplomatik himaye hakkının bulunup bulunmadığı konusuna odaklanarak çözmüştür⁹.

II. BARCELONA TRACTION KARARI VE DİPLOMATİK HİMAYE HAKKI

Divanın *Barcelona Traction* Davası'nda vermiş olduğu karar, diğer birçok kararında olduğu gibi uluslararası hukukun şekillenmesine, bazı uluslararası hukuk kurallarının tespiti ve içeriğinin doldurulmasıyla katkı sağlamıştır¹⁰. *Barcelona Traction* Kararı'nın bu katkısı, uluslararası hukukta diplomatik himaye, şirketlerin vatandaşlığı ve himayesi, şirket hissedarlarının diplomatik himayesi, *erga omnes* yükümlülükler ve hakkaniyet gibi bazı uluslararası hukuk konuları üzerinde olmuştur. Bu bölümde Kararın diplomatik himaye açısından özellik gösteren yönleri incelenmiştir.

⁷ ICJ Reports, 1970, s. 8-9, parag. no. 13.

⁸ ICJ Reports, 1970, s. 9-10, parag. no. 14 ve 17.

⁹ ICJ Reports, 1970, s. 32, parag. no. 32. Lucius C. Cafilich, "The Protection of Corporate Investment Abroad In The Light of The Barcelona Traction Case", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, Berlin (etc.), 1971, 31, 1-2, s. 166, http://www.zaerv.de/31_1971_1_2_a_162_196.pdf, (Erişim Tarihi: 10.07.2015).

¹⁰ Gündüz, s. 574. Uluslararası Adalet Divanı kararlarının uluslararası ilişkiler açısından etkileri hakkında bkz. Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 134-135.

A. Genel Olarak Diplomatik Himaye Hakkı

Egemen devlet, ülkesi ve vatandaşlığında bulunan kişiler üzerinde egemenlikten kaynaklanan hukuksal bazı yetkilere de sahip olabilen bir devlettir¹¹. Ulusal hukuktan kaynaklanan yetkilerde olduğu gibi uluslararası hukuk da egemen devlete ülke toprakları ve vatandaşlığında bulunan kişiler üzerinde bazı hukuksal tasarruflarda bulunma imkanı vermektedir. Ancak bu yetkiler sınırsız değildir. Bunların sınırı uluslararası hukuk tarafından çizilmiştir. Uluslararası hukukun devreye girdiği alanlarda devletin ülkesel ve şahsi yetkisinin sınırlandırılması söz konusu olur. Ülkesel yetki açısından konuyu ele aldığımız zaman egemen devlet, ülke toprakları üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunabilir. Ülkesi üzerinde bulunan yabancılar da, yabancıların malları da devletin ülkesel yetki alanı içerisinde kalır¹². Ancak uluslararası hukukta bir devletin ülkesine yabancıları kabul etmesi durumunda onların haklarını güvence altına alması gerektiği kabul edilmektedir¹³. Devletin ülkesi üzerindeki egemenlik yetkisinin bir sonucu olarak kullandığı kamulaştırma ve devletleştirme gibi yetkilerin yabancılar üzerinde kullanılması açısından genel olarak hukuksal bir engel bulunmamakla birlikte, bu gibi durumlarda devletin ayrımcılık yapmaması ve bu işlemlerin tam karşılığını tazmin etmesi gibi sınırlayıcı unsurların bulunduğu ileri sürülmektedir¹⁴. Bir devletin, uluslararası hukukun çizdiği bu sınırları aşarak ülkesel yetkisini kullanması ve bunun sonucu olarak ülkesinde bulunan yabancılar zarar vermesi durumunda bazı yaptırımlar ile karşılaşması uluslararası hukukun var oluş amaçlarındandır.

¹¹ Pazarıcı, s. 153, 165.

¹² Pazarıcı, s. 153-154.

¹³ Pazarıcı, s. 154.

¹⁴ A. Suat Bilge, **Tebaanın Yabancı Memleketlerde Diplomatik Himayesi**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 33-15, Ankara, 1953, s. 42. Pazarıcı, s. 154-155, 339. Ayrıca bu anlayış, herkes açısından asgari uluslararası standartların (*the minimum international standart*) kabulünün gerekliliğini ileri sürer. Bu yaklaşıma göre, bir devletin vatandaşı yabancı bir ülkede uluslararası asgari standartların altında bir muameleye maruz kalırsa bu devlet vatandaşı adına himaye sağlayabilir. Bu görüş için bkz. Michael Akehurst, **A Modern Introduction to International Law**, Sixth Edition, Unwin Hyman, London, 1987, s. 90-92. Mahmut Göçer, "Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Diplomatik Himaye Hakkı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 4, 2008, s. 224. Patrick Dumberry, "The Legal Standing of Shareholders Before Arbitral Tribunals: Has Any Rule of Customary International Law Crystallised?", **Michigan State Journal of International Law**, Vol. 18:3, 2010, s. 362. Ian Brownlie, **Principles of Public International Law**, Second Edition, Clarendon Press-Oxford, 1973, s. 511-514. Uluslararası asgari standartların karşısında, özellikle gelişmekte olan ülkeler tarafından savunulan diğer bir standart ise *ulusal muamele standardıdır (national treatment)*. Ulusal muamele standardına göre, bir devlet kendi vatandaşlarına karşı nasıl muamelede bulunuyorsa ülkesinde bulunan yabancılar da aynı şekilde muamelede bulunabilir. Vasileios Pergantis, "Towards a 'Humanization' of Diplomatic Protection?", **ZaöRV** 66, 2006, s. 356.

Tarihsel gelişim açısından bu amaçların gerçekleştirilebilmesinde diplomatik himaye kuralları önemli bir rol oynamıştır. Şöyle ki bireylerin uluslararası hukukun hiçbir şekilde sujesi kabul edilmediği dönemlerde diplomatik himaye, yabancı bir ülkede bulunan bireyin bu ülke tarafından bir haksızlığa maruz bırakılması durumunda doğrudan başvurabileceği uluslararası yargı mercilerinin bulunmayışının ortaya çıkardığı eksikliği gidermek amacıyla teamülleşmiş bir hukuk kuralı olarak ele alınmıştır¹⁵. Kısmen bireylerin uluslararası hukuk sujesi kabul edilmesiyle birlikte bireyler de uluslararası hukukun sağladığı güvenceleri gerektiğinde uluslararası kuruluşlar nezdinde talep edebilir duruma gelmiştir. Bununla birlikte diplomatik himaye kuralları hala etkisini sürdürmektedir. Diplomatik himayeyi BİLGE'nin ifadesiyle,

“Tebaaları yabancı memlekette milletlerarası bir haksız fiile maruz kalan bir devletin, bundan dolayı yabancı devletle arasında doğan anlaşmazlığın hukuki yollarla halledilmesini temin için müracaat ettiği milletlerarası bir usul”

olarak tanımlayabiliriz¹⁶.

Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 2006 yılında oluşturulan diplomatik himayeye ilişkin taslak metinde (*Draft Articles on Diplomatic Protection*)¹⁷, diplomatik himayenin tanımı ve kapsamı konusunda özel bir hükme yerilmiştir. Taslak metnin 1. maddesine göre,

“Taslak metnin amaçları açısından diplomatik koruma, bir devletin kendi vatandaşlığında bulunan gerçek veya tüzel bir kişiye yönelik olarak diğer bir devlet tarafından uluslararası bir haksız fiil ile zarar verilmesi durumunda söz konusu devletin diplomatik girişim veya diğer barışçıl talepler aracılığıyla zarar veren devletin sorumluluğunu talep edebilmesi”ni

ifade eder. Görüldüğü üzere bu düzenleme ile diplomatik himaye,

¹⁵ Bir devletin yabancı bir ülkedeki vatandaşı adına diplomatik himayede bulunabilmesi uluslararası bir anlaşmadan kaynaklanabilir. Fakat, diplomatik himaye hakkı tanıyan bir uluslararası anlaşma bulunmasa dahi diplomatik himaye uluslararası hukukta teamülü bir kural olarak kabul edildiği için birey yine bu hakka sahip olur. Bir diğer deyişle diplomatik himayenin hukuksal dayanağı uluslararası anlaşma bulunmaması durumunda teamülü kurallardır. Bu teamülü kurallar esasen 19. yüzyılda oluşmuştur. Bilge, s. 20. Ali İbrahim Akkutay, s. 10.

¹⁶ Bilge, s. 35. Aynı yöndeki bir tanım için bkz. Göçer, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Diplomatik Himaye Hakkı, s. 220. Ali İbrahim Akkutay, s. 6. Diplomatik himayenin, önleyici ve her türlü diplomatik adımı içerici özelliği için bkz. Pergantis, s. 359.

¹⁷ http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf, (Erişim Tarihi: 03.07.2015).

taşıdığı unsurları itibariyle tanımlanmış ve böylece ilk kez uluslararası bir belgede, diplomatik himayenin tanım ve kapsamı kodifiye edilmiştir. Taslak metine yansıyan bu yaklaşım, diplomatik himaye kavramının uluslararası hukukta kurumsallaşması ve müşterek bir zemin kazanması açısından yerinde olmuştur.

1. Diplomatik Himaye Hakkının Hukuki Mahiyeti

Uluslararası hukukta diplomatik himayenin hukuki mahiyeti tartışmalıdır. Bu konuda iki farklı görüş ileri sürülmektedir. Klasik görüş diplomatik himayeyi devletin sahip olduğu bir hak olarak kabul ederken modern görüş bunu devletin bir görevi olarak kabul eder¹⁸. Diplomatik himayenin bir hak ya da görev kabul edilmesi beraberinde farklı sonuçları da getirir. Şöyle ki diplomatik himaye devletin bir hakkı olarak kabul edilirse bireyin diplomatik himaye talep etme ve diplomatik himayeden feragat etmesinin hukuken bir değeri olmayacaktır¹⁹. Bunun bir sonucu olarak doktrinde kişinin, vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himayesine başvurmayacağına dair bir taahhüt altına girmesinin (*calvo teorisi*)²⁰ diplomatik himaye hakkını ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir. Hak devletin olduğu için devlet himaye sağlama konusunda mutlak bir takdir yetkisine sahip olacak²¹ ve bu hakkı kullanmaktan da istediği zaman vazgeçebilecektir²². Bu durum iç hukuk bakımından da kendisini gösterecek, vatandaşın diplomatik himaye talebinin ulusal devleti tarafından bir sonuca bağlanması zorunluluğu olmayacaktır.

Modern görüşün ileri sürdüğü gibi diplomatik himayenin bir görev olarak kabul edilmesi durumunda ise birey diplomatik himaye talep etme hakkına sahip olacağından bu hakkını gerek iç hukuk ve gerekse uluslararası hukukta ileri sürebilecek, istediği zaman da bu hakkından vazgeçebilecektir. Bu görüş, insan haklarının güvence altına alınması konusunda uluslararası hukukta gelişim gösteren yeni bir anlayış olarak karşımıza çıkmaktadır²³.

¹⁸ Bu görüşler için bkz. Bilge, s. 49, 51-52. Ali İbrahim Akkutay, s. 173. Pergantis, s. 371-372.

¹⁹ Bilge, s. 65.

²⁰ Bu teori uluslararası hukukta istenilen etkiyi gösterememiş ve geçerliliği kabul edilmemiştir. İlyas Doğan, **Devletler Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 224-225. Brownlie, s. 529. Pazarıcı, s. 430. Ali İbrahim Akkutay, s. 77. Fakat, diplomatik himayenin hukuki mahiyetinde modern görüşün yaklaşımı benimsenirse diplomatik himaye devletin bir hakkı değil, görevi kabul edileceğinden calvo teorisinin de kabul edilmesi gerekecektir. Bilge, s. 125.

²¹ Pazarıcı, s. 429.

²² Akehurst, s. 88.

²³ Aynı yönde bkz. Bilge, s. 139. Ayrıca, *LaGrand* Davasında Uluslararası Adalet Divanı, Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesinin 36. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, vatandaş yabancı bir ülkede bulunan devletin konsolosluk memurları ile söz konusu

Diplomatik himayenin hukuki niteliği konusunda klasik görüşün ortaya koyduğu katı tutumla, modern görüşün birey lehine ileri sürdüğü geniş takdir yetkisi arasında makul denge arayan bir görüşün de gelişim içerisinde olduğunu ayrıca belirtilmemiz gerekir²⁴. Bu görüşe göre diplomatik himaye hakkı, her ne kadar devlete ait olan bir hak olarak ele alınsa da devlet bu hakkı ancak bireyin zararının giderilmesi amacıyla matuf olarak kullanabilir²⁵. Giderilmesi gereken zarar devletin değil, bizzat bireyin zararındır. Bu görüş, diplomatik himaye hakkını insan haklarının gelişimine uygun bir yönde şekillendirmesi yönüyle önem taşır.

Diplomatik himaye hakkının hukuki mahiyetine yönelik olarak klasik görüşten modern görüşe doğru gelişim gösteren insan hakları odaklı bakış açısı, şüphesiz insan haklarının 21. Yüzyılda ulaşılmış olduğu uluslararası toplumsal değer ile uyumludur. Diplomatik himaye hakkına artık, insan haklarını temel alan bir perspektiften bakılmalıdır. Uluslararası toplumun duyarlılığı ve insan haklarının günümüzde ulaştığı gelişim, her geçen gün bu hususu biraz daha zorunlu kılmaktadır.

2. Diplomatik Himaye Hakkının Şartları

Bir devletin bir başka ülkede bulunan vatandaşı adına diplomatik himayede bulunabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlardan herhangi birinin bulunmaması durumunda bir devletin diplomatik himaye hakkından söz edilemez²⁶. Öncelikle devletin diplomatik himayede

yabancı ülke vatandaşları arasındaki temasa ilişkin düzenlemeyi yorumlarken, söz konusu düzenlemenin Walter LaGrand ve Karl LaGrand hakkında kişisel bir hak doğurduğunu da kabul etmiştir. Bkz. *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, Judgment of 27 June 2001, s. 494, parag. 77, <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>, (Erişim Tarihi: 13.07.2015). Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesinin söz konusu hükmü için bkz. <http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/MultilateralConventions/ViennaConventiononConsularRelations.pdf>, (Erişim Tarihi: 13.07.2015). Divan, *LaGrand* kararındaki bu görüşü ile diplomatik himaye hakkında modern görüşten yana bir eğilim çizmiştir. Aynı yönde bkz. Göçer, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Diplomatik Himaye Hakkı*, s. 225.

²⁴ Ali İbrahim Akkutay, s. 3.

²⁵ Ali İbrahim Akkutay, s. 14.

²⁶ Bu şartların neler olduğunun belirlenmesinde uyumsuzluk uluslararası yargı kuruluşlarının önüne götürüldüğünde başvuru, öncelikle başvuru şartlarını taşıyıp taşımadığı açısından incelenmektedir. Başvurunun bu şartları taşıyıp taşımadığı *ön itiraz (preliminary objections)* olarak ileri sürülebilir. Pazarıcı, s. 486. İç hukuk yollarının tüketilmemiş olması, devletin hakkından feragat etmiş olması, makul olmayan gecikmeler veya vatandaşlık bağı gibi bazı şartların gerçekleşmemiş olması mahkemelerce ilk aşamada incelenmekte ve bu şartların gerçekleşmemiş olması durumunda uyumsuzluğun esastan çözümüne gidilmemektedir. Akehurst, s. 98-103. Brownlie, s. 465.

bulunabilmesi için vatandaşına karşı uluslararası haksız bir fiilde bulunulması gerekir²⁷. Bu haksız fiil devletin yasama, yürütme veya yargı organlarının herhangi birinden kaynaklanabilir²⁸. Diğer taraftan diplomatik himaye sağlayacak devlet egemen bir devlet olmalıdır²⁹. Egemen olmayan bir devletin diplomatik himaye sağlaması mümkün değildir. Uluslararası kuruluşların da görevlilerine diplomatik himaye sağlama yetkisi kabul edilmektedir³⁰.

Bir devlet ancak vatandaşlığında bulunan kişi adına diplomatik himaye sağlayabilir³¹. Diplomatik himaye hakkının kullanılabilmesi açısından vatandaşlık bağı ile devletlerin iç hukuk bakımından belirledikleri vatandaşlık bağı kavramını ayırmak gerekir. Her devlet vatandaşlık kazanma şartlarını ulusal yetkisi dahilinde serbestçe belirleyebilir. Ancak, diplomatik himaye hakkının kullanılabilmesi açısından vatandaşlık bağı, iç hukuk kurallarından belli bir aşamada uzaklaşabilmektedir. Örneğin, koruma altında bulunan devletin vatandaşları adına koruma sağlayan devlet diplomatik himayede bulunduğu koruma sağlayan devletin bu kişiler üzerinde bir vatandaşlık bağı bulunmamaktadır³². Buna benzer durumlar gerçek kişilerde olduğu kadar tüzel kişiler açısından da devletlerin aralarında yaptıkları anlaşmalarla geçerli kılınabilir³³.

Vatansızlar herhangi bir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olmadıkları için diplomatik himayeden yararlanamaz³⁴. Bu durum eleştirilmekte ve vatansızlar açısından vatandaşlık bağının yumuşatılması önerilmektedir. Aynı şekilde devletin ülkesindeki mülteciler lehine de diplomatik himaye sağlayabilmesi gerektiği ileri sürülmektedir³⁵. BİLGE, vatansızlar ve mültecilerin Birleşmiş Milletler’ce himaye edilmesi gerektiğini savunmaktadır³⁶. Diplomatik Himayeye İlişkin Taslak Metin’de ise vatansızlar ve mültecilerin diplomatik himaye hakkına sahip olduğuna yönelik hükümlere yer verilmiştir (md. 3 ve 8). Taslak metnin 8. maddesinin birinci fıkrasına göre bir devlet, haksız

²⁷ Bilge, s. 39-40.

²⁸ Bilge, s. 39. Ali İbrahim Akkutay, s. 16.

²⁹ Bilge, s. 72.

³⁰ Bilge, s. 75. Pazarıcı, s. 426.

³¹ Bilge, s. 32, 77. Ali İbrahim Akkutay, s. 38. Bu hususta açıklayıcı bir hükme, Diplomatik Himayeye İlişkin Taslak Metnin 3. maddesinin birinci fıkrasında yer verilmiştir.

³² Pazarıcı, s. 425. Bilge, s. 77.

³³ Rona Aybay, **Vatandaşlık Hukuku**, 6. Bası, Aybay Yayınları, İstanbul, 2003, s. 26-27.

³⁴ Bilge, s. 80. Pazarıcı, s. 426.

³⁵ Göçer, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Diplomatik Himaye Hakkı, s. 229.

³⁶ Bilge, s. 140.

fiilin meydana geldiği ve resmi iddianın ileri sürüldüğü anda hukuka uygun bir şekilde ve sürekli olarak ülkesinde ikamet eden vatansızlar hakkında diplomatik himaye sağlayabilir. Benzer şekilde 8. maddenin ikinci fıkrasına göre devletler, uluslararası kabul görmüş standartlara uygun olarak mülteci addettikleri kişiler hakkında, bu kişilerin haksız fiilin meydana geldiği ve resmi iddianın ileri sürüldüğü anda hukuka uygun bir şekilde ve sürekli olarak söz konusu ülkede ikamet etmesi şartıyla diplomatik himaye hakkında sahiptir. Ancak üçüncü fıkraya göre, mülteciler açısından geçerli olan bu hakkın mültecinin vatandaşlığında bulunduğu devlete karşı kullanılması mümkün değildir.

Bu hakkın kullanılabilmesi için hem haksızlığın gerçekleştiği anda hem de diplomatik himaye hakkının ileri sürüldüğü anda adına diplomatik himaye sağlanmak istenen kişi ile bir vatandaşlık bağının bulunması gerekir³⁷. Doktrinde, emredici hukuk kurallarının (*jus cogens*) ihlal edilmesi durumunda vatandaşlık bağı aranmaksızın her devletin ihlalde bulunan devlete karşı hakkı ihlal edilen kişiler adına diplomatik himaye sağlayabilmesi yönünde bir gelişim olduğu belirtilmektedir³⁸. Bu konu *erga omnes* yükümlülükler ile birlikte aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

İç hukuk yollarının tüketilmemiş olması diplomatik himaye hakkının kullanılmasını engeller³⁹. Bu hakkın kullanılabilmesi için iç hukuk yollarının da tüketilmesi gerekir⁴⁰. Fakat yapılan haksız eyleme karşı iç hukuk yolları kapalı ise veya kullanılmıyor ise bu durumda diplomatik himaye hakkının kullanılabileceği kabul edilir⁴¹. Diplomatik Himayeye İlişkin Taslak Metin’de, iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin benzer yönde kurallara yer verilmiştir. Taslak metnin 14. maddesine göre, bir devletin vatandaşı adına diplomatik himaye hakkını kullanabilmesi için kural olarak, kişinin, bulunduğu yabancı ülke kanunlarına göre haksızlığa uğradığını düşündüğü fiile karşı iç hukuk yollarını tüketmesi gerekir. Taslak metnin 15. maddesinde ise bu kuralın istisnalarına yer verilmiştir. 15. maddeye göre, etkili bir tazminat elde etmek için makul şekilde ulaşılabilir iç hukuk yollarının bulunmaması veya var olan iç hukuk yollarının böyle bir tazminat elde etmek için yeterli olmaması, iç hukuk yollarının işletilmesinin sorumluluğu iddia edilen devletten kaynaklanan bir

³⁷ Bilge, s. 78-88. Ali İbrahim Akkutay, s. 44. Diplomatik Himayeye İlişkin Taslak Metin’de bu husus, hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler açısından açıkça düzenlenmiştir (md. 5 ve 10).

³⁸ Göçer, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Diplomatik Himaye Hakkı, s. 230.

³⁹ Brownlie, s. 482-492.

⁴⁰ Bilge, s. 107. Pazarıcı, s. 428. Ali İbrahim Akkutay, s. 27.

⁴¹ Pazarıcı, s. 429. Bilge, s. 113.

nedenle kanuna aykırı olarak geciktirilmesi, haksız fiilin gerçekleştiği tarihte haksızlığa uğrayan yabancı kişi ile sorumluluğu iddia edilen devlet arasında anlamlı bir ilişkinin bulunmaması, haksızlığa uğrayan kişinin iç hukuk yollarını kullanmasının açıkça engellenmesi veya sorumluluğu iddia edilen devletin iç hukuk yollarının tüketilmiş olduğunu kabul etmesi durumunda, iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek bulunmamaktadır. Bu hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda iç hukuk yolları tüketilmeden doğrudan bir devlet, vatandaşı adına diplomatik koruma hakkını kullanabilecektir.

Son olarak diplomatik himaye hakkının kullanılabilmesi için hakkı kullanan devletin vatandaşı olduğu olan kişinin, aynı zamanda hakkın ileri sürüldüğü devletin vatandaşı olmadığı olmaması gerekir⁴². Diplomatik Himayeye İlişkin Taslak Metin’de, gerçek ve tüzel kişiler açısından ayrı ayrı olmak üzere bu yönde kurallara yer verilmiştir. Taslak metnin 7. maddesine göre, kural olarak bir devlet başka bir devletin vatandaşı olan gerçek kişi adına bu devlete karşı diplomatik himaye sağlayamaz. Ancak sadece istisnai olarak, söz konusu birinci devletin vatandaşı olduğu diğer devlete karşı hem haksız fiilin gerçekleştiği hem de resmi iddianın ileri sürüldüğü tarihte baskın bulunuyorsa bu durumda ilk devlet diğerine karşı diplomatik himaye sağlayabilir. Benzer şekilde, taslak metnin 10. maddesinin ikinci fıkrasına göre şirketler açısından, sorumluluk iddiasının ileri sürüldüğü tarihten sonra şirketin, iddianın ileri sürüldüğü devletin vatandaşı olmadığına geçmesi durumunda, bu devlete karşı diplomatik himaye hakkı kullanılamayacaktır.

3. Diplomatik Himaye Hakkının Sonuçları

Diplomatik himaye bir devletin vatandaşına bir başka devlet tarafından haksız bir fiilde bulunulması nedeniyle esas olarak vatandaşın uğradığı zararın tazmini amacını taşır⁴³. Bu tazminin sağlanabilmesi amacıyla diplomatik himaye hakkı sayesinde bir devlet diğer bir devlete karşı barışçı çözüm yollarını kullanabilir⁴⁴. Birleşmiş Milletler Andlaşması’nın 33. maddesinde,

“Süregitmesi uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehlikeye düşürebilecek nitelikte bir uyuşmazlığa taraf olanlar, her şeyden önce görüşme, soruşturma, arabuluculuk, uzlaşma, hakemlik ve yargısal çözüm yolları ile bölgesel kuruluş ya da andlaşmalara başvurarak veya kendi seçecekleri başka yollarla buna çözüm aramalıdır.”

⁴² Bilge, s. 78, 91. Pazarıcı, s. 428.

⁴³ Bilge, s. 45. Pazarıcı, s. 425.

⁴⁴ Pazarıcı, s. 425. Ali İbrahim Akkutay, s. 13, 81.

hükmü yer almaktadır. Buna göre, barışçı çözüm yolları diplomatik veya yargısal yolla ya da uluslararası örgütlerce çözüm şeklinde bir tasnife tabi tutulabilir⁴⁵. Vatandaşı yabancı bir ülkede bulunan devlet, vatandaşına karşı diğer bir devlet tarafından haksız bir eylemde bulunulduğunu düşündüğünde diplomatik himaye hakkı sayesinde söz konusu barışçı çözüm yollarını kullanabilecektir. Bu imkanlar sayesinde, zarar veren devletin özür dilemesi sağlanabileceği gibi eski duruma getirme ya da tazminat yaptırımının uygulanması söz konusu olabilir⁴⁶. Ayrıca, bir şirket ile şirketin yatırım yaptığı ülke devleti arasında bir uyuşmazlık çıkması durumunda hakem mahkemesine gidileceği kararlaştırılmışsa bu uyuşmazlıktan dolayı şirketin vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himayesi, uyuşmazlığın hakem mahkemesine taşınması şeklinde kendisini gösterecektir⁴⁷.

4. Tüzel Kişiler Adına Diplomatik Himaye Hakkı

Kural olarak her devlet kendi vatandaşlığını kazanma şartlarını kendisi belirler⁴⁸. Vatandaşlığın kazanılma şartlarını belirlemek devletlerin ulusal yetkisine ilişkin bir husustur⁴⁹. Bu yetki gerçek kişilerin vatandaşlığı açısından olduğu kadar tüzel kişilerin vatandaşlığı açısından da geçerlidir⁵⁰. Gerçek kişiler yanında belli bir amaçla bir araya gelmiş kişi toplulukları ya da belli bir amaçla bir araya getirilmiş eşya topluluklarının hukuki bir suje olarak ele alınması ve bu kişiler açısından da hak ve yükümlülükler öngörülmesi hukukun gelişiminin önemli bir aşamasını oluşturmuştur. Bu gelişimin bir sonucu olarak günümüzde çoğu hukuk sisteminde dernek ve üniversite gibi kimi kişi toplulukları ile şirket ve vakıf gibi kimi eşya toplulukları, üzerinde hak ve yükümlülük doğabilecek kişilikler olarak düzenlenmektedir. Bu kişilik, kişiliğin oluşturulduğu alana göre kamu hukuku veya özel hukuk tüzel kişiliği olarak yansımaları göstermiştir. Uluslararası hukukta, devletin diplomatik himaye hakkının konusunu gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri oluşturur⁵¹.

⁴⁵ Enver Bozkurt, M. Akif Kütükçü, Yasin Poyraz, **Devletler Hukuku**, Genişletilmiş 4. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2004, s. 224.

⁴⁶ Seha L. Meray, **Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1977, s. 167-169. Ali İbrahim Akkutay, s. 84.

⁴⁷ Doğan, s. 227. Bilge, s. 44.

⁴⁸ Bilge, s. 32.

⁴⁹ Pazarıcı, s. 165.

⁵⁰ Ali İbrahim Akkutay, s. 53.

⁵¹ Pazarıcı, s. 427.

Her devlet, hangi koşullarda, hangi topluluklara tüzel kişilik tanıyacağını kendi hukuk sistemince belirleme hakkına sahiptir. Uluslararası hukukun bu konuda iç hukuk sistemlerini belirleyici ya da zorlayıcı kuralları bulunmamaktadır. Fakat, devletler açısından diplomatik himaye hakkının kullanılması söz konusu olduğunda, adına diplomatik himaye hakkı kullanılacak kişinin vatandaşlığında bulunduğu devletin tespiti uluslararası hukuk açısından önem taşır. İç hukuk sistemlerinde tüzel kişilik olarak şirketlerin vatandaşlık bağının belirlenmesinde tüzel kişilik merkezi, denetimi elinde tutan merkezin vatandaşlığı, sermayenin bulunduğu yer ve kuruluş yeri esasları göz önüne alınmaktadır⁵². Devletlerin, şirketlerin tüzel kişiliğinin vatandaşlığı konusunda farklı esasları benimsemeleri bir şirketin birden fazla devletin vatandaşlığında bulunmasına ve bunun bir sonucu olarak da birden fazla devletin diplomatik himaye hakkını ileri sürmesi neden olabilir⁵³. Ancak uluslararası hukukta da şirketlerin hangi ülke vatandaşı olarak kabul edilebileceklerine yönelik çeşitli ölçütler ortaya konulmaktadır⁵⁴. *Barcelona Traction* Davası'nda ortaya konulan ölçüt aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelendiğinden burada konu hakkında daha fazla açıklama yapılmamıştır.

B. *Barcelona Traction* Kararı'nda Diplomatik Himaye Hakkı

Uluslararası Adalet Divanı, *Barcelona Traction* Davası'ndaki uyuşmazlığı Kanada, İspanya ve Belçika arasındaki üçlü ilişki çerçevesinde ele almıştır. Divana göre uyuşmazlık, bir taraftan *Barcelona Traction* Şirketi Kanada kanunlarına göre kurulduğu ve Şirketin yönetim ofisi bu ülkede yer aldığı için Kanada ile ilgili iken diğer taraftan Şirket hissedarlarının büyük kısmı Belçikalı olduğu için Belçika ile ve ayrıca Şirkete ve dolayısıyla Şirket hissedarlarına karşı haksız bir fiilde bulunduğu iddiasına maruz kaldığı için İspanya ile ilgilidir⁵⁵. Divan bu üçlü ilişki içerisinde her devletin içerisinde bulunduğu hukuksal konumu tek tek belirlemiştir. Kanada'nın hukuksal konumu esasen, *Barcelona Traction* Şirketi'nin bu ülkenin vatandaşlığında bulunup bulunmadığının tespiti, vatandaşlık bağının devam edip etmediği ve Kanada'nın Şirkete karşı diplomatik himaye hakkını kullanıp kullanmamasının ortaya çıkarabileceği hukuksal sonuçlar ekseninde ele alınmıştır. Belçika'nın

⁵² Pazarıcı, s. 167. Erdoğan Moroğlu, "Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Yıl. 22, Sayı. 2, 2002, s. 414.

⁵³ Brownlie, s. 472-474.

⁵⁴ Bu ölçütler için bkz. Bilge, s. 93.

⁵⁵ ICJ Reports, 1970, s. 31, parag. no. 30-31.

hukuksal konumu *Barcelona Traction* hissedarları ile arasında bulunan vatandaşlık bağının kendisine diplomatik himaye hakkı verip vermediği çerçevesinde değerlendirilmiştir. Nihayet, İspanya'nın hukuksal konumu ise kendi vatandaşlığında bulunmayan -şirket hissedarları da kendi vatandaşı olmayan- bir şirkete karşı yerine getirilmesi gereken uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler ile birlikte ele alınmıştır.

1. Diplomatik Himaye Hakkının Kullanılabilirliği Açısından Şirket Vatandaşlığının Tespiti

Uluslararası Adalet Divanı, Kanada, Belçika ve İspanya arasında var olan üçlü ilişki çerçevesinde Kanada'nın *Barcelona Traction*'ın ulusal devleti olup olmadığını sorgulama gereği duymuş ve bunun tespitine yönelik açıklamalar ortaya koymuştur⁵⁶. Özel hukuk tüzel kişiliğini haiz bir şirket olarak *Barcelona Traction*'ın vatandaşlığının tespiti Şirket adına diplomatik himaye hakkını hangi devletin kullanabileceği açısından önem taşımaktadır. Divanın yaklaşımı açısından, *Barcelona Traction*'ın vatandaşlığında bulunduğu devlet tespit edildikten sonra artık diplomatik himaye hakkının ancak o devlet tarafından kullanılabilirliği söz konusu olacak ve kural olarak başka bir devletin diplomatik himaye hakkına sahip olması mümkün olmayacaktır.

Divana göre uluslararası hukukta genel kural, bir şirket hangi ülke kanunlarına göre kurulmuşsa ve hangi ülkede tescil edilmişse diplomatik himaye hakkının ancak bu devlet tarafından kullanılabilirliğidir⁵⁷. Ancak diplomatik himaye hakkının kullanılabilirliği açısından devletlerin, kendi kanunlarına göre kurulmuş şirketler hakkında şirketin yönetim merkezinin kendi topraklarında bulunması veya şirket hissedarlarının çoğunluğunun kendi vatandaşlığında olması gibi başka kriterler öngörmeleri de mümkündür. Ancak her halde tek bir ölçüt ortaya koymak mümkün değildir⁵⁸. Bu çerçevede Divan, *Barcelona Traction*'ın hangi ülke vatandaşı olduğunu belirlerken *gerçek bağ (genuine connection)* aramamış⁵⁹, bunun yerine *yakın ve sürekli bağ* ilişkisini

⁵⁶ ICJ Reports, 1970, s. 41-42, parag. no. 69. Gündüz, s. 578.

⁵⁷ ICJ Reports, 1970, s. 42, parag. no. 70. Gündüz, s. 578. Ali İbrahim Akkutay, s. 55.

⁵⁸ ICJ Reports, 1970, s. 42, parag. no. 70.

⁵⁹ D. J. Harris, **Cases and Materials on International Law**, Sixth Edition, London, Sweet&Maxwell, 2004, s. 643. *Barcelona Traction* Davasında şirket vatandaşlığının tespitinde tarafların zaman zaman kendisine atıfta bulunduğu *gerçek bağ (genuine connection)* ilişkisi, kendisini esas olarak *Nottebohm* Davasında göstermiştir. Bu davada Divan, gerçek kişilerin vatandaşlığının tespitinde kişi ile devlet arasında sıkı bir ilişki bağının olması gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. *Nottebohm Case, (Liechtenstein v. Guatemala)*, Second Phase, Judgment

aramıştır⁶⁰. Bu çerçevede *Barcelona Traction*'ın Kanada kanunlarına göre kurulmuş olması, bu ülkede tescil edilmesi, hesaplarının bu ülkede tutulması, toplantılarının bu ülkede yapılması, hatta Kanada vergi listelerinde yer alması ve bu hususların istikrarlı bir şekilde devam etmiş olmasını esas alarak Şirketin Kanada vatandaşı olduğu sonucuna varmıştır⁶¹. Divana göre Şirketin ticari faaliyetini Kanada dışında yürütmesi ise bu sonucu değiştirmemektedir.

Doktrinde bazı yazarlar Divanın bu kararını, tüzel kişiler adına diplomatik himaye hakkının kullanılabilmesi açısından vatandaşlığın tespitinde, tüzel kişi ile devlet arasındaki ilişkilerin diğer devletlerle olan ilişkiler de göz önüne alınarak belirlenmesi gerektiği yönünde yorumlamıştır⁶². Diğer bazı yazarlar ise Kararda, kesin ölçütler saptanamasa da kural olarak *gerçek* vatandaşlık bağının arandığını ve bu bağın tespitinde esasen şirketin merkezinin bulunduğu ve faaliyetlerinin yönetildiği ülke devletinin vatandaşlığına üstünlük tanındığını ileri sürmüştür⁶³. Gerçekten her ne kadar Divan kararında tek bir ölçüt ortaya konulmamış olsa da bir şirketin kurulduğu ülke ile tescil edildiği ve yönetildiği ülke devletine vatandaşlığın tespiti açısından üstünlük tanındığı anlaşılmaktadır. Diğer ölçütler *Barcelona Traction*'ın Kanada vatandaşlığını güçlendirmek için kullanılmıştır. Yoksa örneğin, *Barcelona Traction* başka bir devletin vergi listelerinde yer alsaydı ve hatta toplantılarını başka bir ülkede yapmış olsaydı bile kanaatimizce yine de Kanada kanunlarına göre kurulduğu, bu ülkede tescil edildiği ve yönetim merkezi bu ülkede bulunduğu için Kanada vatandaşı sayılacaktı. Diğer taraftan *Barcelona Traction* Kararı'nda, şirketin kurulduğu ve tescil edildiği ülke ile yönetildiği ülkenin farklı olması durumunda ortaya konulabilecek kesin bir ölçüt bulmak mümkün değildir. Bu durumda diğer ölçütleri de göz önünde bulundurarak yakın ve sürekli bağın tespit edilmesi gerekecektir.

Diplomatik Himayeye İlişkin Taslak Metin'de, diplomatik himaye açısından şirket vatandaşlığına ilişkin özel bir hükme yer verilmiştir. Taslak metnin 9. maddesine göre, bir şirket hakkında diplomatik himaye sağlama hakkına sahip olan devlet, şirketin kanunlarına göre kurulduğu devlettir.

of April 6th, 1955, s. 23, <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>, (Erişim Tarihi: 04.07.2015). Ancak Divan *Barcelona Traction* davasında, şirket vatandaşlığının tespitinde bu ilkenin uygulanamayacağına karar vermiştir. ICJ Reports, 1970, s. 42, parag. no. 70.

⁶⁰ ICJ Reports, 1970, s. 42, parag. no. 70. Gündüz, s. 578.

⁶¹ ICJ Reports, 1970, s. 42, parag. no. 71. Gündüz, s. 578. Ali İbrahim Akkutay, s. 55.

⁶² Sevin Toluner, **Milletlerarası Hukuk Dersleri Devletin Yetkisi**, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 2613, Hukuk Fakültesi No: 587, İstanbul, 1979, s. 333. Brownlie, s. 476-477.

⁶³ Pazarıcı, s. 167. Akehurst, s. 100.

Ancak, şirket başka bir devletin veya devletlerin vatandaşları tarafından kontrol edildiği, kurulduğu ülkede önemli ticari faaliyeti olmadığı, yönetim ve finansal kontrol merkezi başka bir ülkede bulunduğu zaman diplomatik himaye hakkına sahip olan devlet, söz konusu yönetim ve finansal kontrol merkezinin bulunduğu devlettir. Görüldüğü üzere, taslak metnin anılan hükmü, Divan'ın *Barcelona Traction* kararında ortaya koyduğu görüş ile büyük ölçüde uyum içerisindedir.

2. Şirket Hissedarları Adına Diplomatik Himaye Hakkı

Belçika hükümeti İspanya hükümetine karşı Uluslararası Adalet Divanı'na 1958 yılında başvurmuştur. Yargılama devam ederken 1961 yılında, Belçika'nın talebi doğrultusunda temsilciler arasındaki görüşmelerin gözden geçirilmesi amacıyla yargılamaya ara verilmiş ve dava Divanın genel listesinden kaldırılmıştır. Görüşmelerin başarısız olması üzerine Belçika hükümeti Divana yeni bir başvuruda bulunmuştur. İspanya hükümeti, bu başvuruya karşı 4 konuda ön itiraz ileri sürmüştür. Bu itirazlara ilişkin 24 Temmuz 1964 yılında yapılan yargılamada Divan 1. ve 2. itirazları reddetmiş, 3. ve 4. itirazları görüşmeye almıştır⁶⁴. İspanya hükümetinin Divan tarafından görüşmeye alınan 3. ön itirazı, Belçika hükümetinin bir Kanada şirketine yapılanlardan dolayı herhangi bir iddia ileri sürme yeteneğinden yoksun olduğudur. Hatta, bu şirketin hissedarları Belçikalı olsa bile Belçika'nın böyle bir hakkı olamaz. Divan tarafından görüşmeye alınan 4. ön itiraz ise iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğu iddiasıdır⁶⁵.

Barcelona Traction Davası'nda Divanın yargılaması esasen 3. ön itiraz çerçevesinde Belçika hükümetinin bir Kanada şirketine yapılanlardan dolayı şirketin kendi vatandaşlığında olan hissedarları adına diplomatik himaye hakkının bulunup bulunmadığı tartışması üzerinde olmuştur. Söz konusu davada *Barcelona Traction* Şirketi'nin ya da Şirket hissedarlarının zararının varlığı ya da yokluğu, varlığının söz konusu olması halinde tazminini içeren esasa ilişkin bir karar verilmemiştir. *Barcelona Traction* Kararı'nda esas olarak, İspanya'nın bir Kanada Şirketi olan *Barcelona Traction*'a gerçekleştirdiği ileri sürülen haksız eyleminden şirketin hissedarlarının Belçikalı olması dolayısıyla Belçika'nın diplomatik himaye gerektiren bir hakkının doğup doğmadığı sorgulanmıştır⁶⁶. Bu çerçevede Divan, diplomatik

⁶⁴ ICJ Reports, 1970, s. 6, parag. no. 1-3.

⁶⁵ ICJ Reports, 1970, s. 6, 30, parag. no. 3, 26.

⁶⁶ ICJ Reports, 1970, s. 32, parag. no. 35. Gündüz, s. 575. Timothy G. Nelson, "When The Lights Went Out: The Strange Death and Stranger Afterlife of the Barcelona Traction Case", *The Paris Journal of International Arbitration*, 2011-4, s. 956.

himaye alanında da uluslararası hukukta önemli ve yaygın bir rolü olan iç hukuk kurallarına başvurulması gerektiği düşüncesindedir⁶⁷. Bir diğer deyişle, şirket hissedarları adına diplomatik himaye hakkının tespiti için iç hukuk kurallarından yararlanılması gerekir⁶⁸. Bu çerçevede iç hukuk kuralları açısından konu ele alınmış ve iç hukukta şirket mantalitesinin, şirketin hakları ile şirket hissedarlarının haklarının kesin bir ayrımı üzerine kurulduğu tespit edilmiştir⁶⁹. Divana göre, şirketin haklarının kullanılması açısından sadece hukuki bir kişilik olarak oluşturulan şirketin yetkisi bulunur, şirkete zarar verici bir harekette bulunulduğunda genellikle bu haksız hareket şirketin hissedarlarına da zarar verir; ancak bu durum şirket hissedarlarının da tazminat isteme hakkı olduğu anlamına gelmez. Doğrudan şirketin haklarına zarar veren bir eylem, bu durumdan hissedarların hisseleri etkilense bile hissedarlar açısından bir hak ihlaline yol açmaz⁷⁰. Bu çerçevede Divan, hissedarların zararının tazmini açısından şirketin haklarına yönelik bir eylemden kaynaklanan zararın bu zarardan hissedarların da etkilendiği iddiasını yetersiz bulmuş, yabancı sermaye ile oluşturulmuş bir şirkete karşı haksız bir eylem gerçekleştirildiği zaman uluslararası hukuktaki genel kuralın sadece şirketin vatandaşlığında bulunduğu devlete zararın karşılanması amacıyla diplomatik himaye hakkının verilmesi yönünde olduğunu kabul etmiştir⁷¹. Divana göre uluslararası hukukta hiçbir kural açıkça hissedarların vatandaşı olduğu devlete böyle bir hak vermemektedir⁷².

Divanın bu yaklaşımı iç hukukta öngörülen şirket yapılanmasına ve mantığına uygun düşmektedir. Şirketlerin, hissedarları olan kişilerin kişilikleri dışında ayrı bir hukuksal kişilikleri bulunmakta ve şirketler bu kişilikleri ile hukuksal hak ve yükümlülük altına girebilmektedir. Şirket olarak tüzel kişilik altına girmiş hissedarların bu girişimleri ile şirketin ayrı bir kişilik olarak varlığını ve bu kişilikten kaynaklanan hak ve yükümlülükleri kabul ettikleri

⁶⁷ ICJ Reports, 1970, s. 33-34, parag. no. 38. Gündüz, s. 575.

⁶⁸ Divan aynı sonuca *Diallo* Kararında da varmış ve hissedarlar adına diplomatik himaye hakkının kullanımında ulusal hukuk kurallarına başvurmuştur. Bu kararında Divan, *Barcelona Traction* kararında ortaya konulan görüşlerden yararlanmıştır. Bkz. ICJ Reports, 30 November 2010, s. 675, parag. 104.

⁶⁹ ICJ Reports, 1970, s. 34, parag. no. 41. Gündüz, s. 575.

⁷⁰ ICJ Reports, 1970, s. 35, parag. no. 44. Gündüz, s. 575. Divan, *Diallo* Kararında da aynı sonuca ulaşmıştır. ICJ Reports, 30 November 2010, s. 679, parag. 115.

⁷¹ ICJ Reports, 1970, s. 35, parag. no. 44. Aynı yönde bkz. Bilge, s. 102. Pazarcı, s. 166. Christian J. Tams, **Enforcing Obligations Erga Omnes In International Law**, Cambridge University Press, New York, 2007, s. 1. Nelson, s. 940.

⁷² ICJ Reports, 1970, s. 37, parag. no. 51.

varsayılır. Bu nedenle doğrudan şirkete yönelik gerçekleştirilen haksız eylemlerden dolayı ortaya çıkabilecek tazmin talebinin de bir hak olarak şirket tüzel kişiliğine ait olması gerekir.

Genel kural bu şekilde ortaya konulduktan sonra istisnai olarak bazı özel durumların gerçekleşmesi halinde ise şirket hissedarları adına diplomatik himaye hakkının varlığı kabul edilmiştir. Her nasıl iç hukukta şirket tüzel kişiliğinin bazen şirket hissedarlarının haklarını koruyamaması söz konusu olabiliyorsa ve bunun engellenmesi için şirket tüzel kişiliğinin aşılması -*lifting the corporate veil* veya *disregarding the legal entity* olarak ifade edilmiştir- hissedarların hukuken korunması için önlemler alınabiliyorsa benzer durumların uluslararası hukukta da uygulanması mümkündür⁷³. Divan uluslararası hukuk açısından bu tür özel durumların iki halde gerçekleşebileceğini ortaya koymuştur. Bunlar, şirket tüzel kişiliğinin ortadan kalkması ve şirketin vatandaşlığında bulunduğu devletin şirket adına diplomatik himaye sağlama yeteneğinden yoksun olması durumudur⁷⁴. Yani Divana göre, şirket hissedarları adına bunların vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye hakkı bu iki durumun gerçekleşmesi halinde söz konusu olabilir. Divan tarafından bu tespit yapıldıktan sonra somut uyuşmazlık açısından bu iki durumun gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmış ve bunun tespitine yönelik ayrıntılı gerekçeler ortaya konulmuştur.

İlk olarak *Barcelona Traction*'ın tüzel kişiliğinin ortadan kalkıp kalkmadığı araştırılmıştır. Bu husus, şirket tüzel kişiliğinin hukuken ortadan kalkmış olması durumunda hissedarların yasal haklarını savunacak bir hukuksal mekanizma ortada bulunmayacağı için hissedarlarının haklarının korunması ve bu çerçevede bunların vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye hakkının gündeme gelmesi açısından önemlidir⁷⁵. Bir diğer deyişle, Divana göre eğer *Barcelona Traction*'ın tüzel kişiliği son bulmuşsa hissedarların vatandaşlığında bulunduğu devletin ve bu çerçevede Belçika'nın diplomatik himaye hakkı söz konusu olabilir. Ancak Divan, *Barcelona Traction*'ın tüzel kişiliğinin sona erip ermediği konusundaki tespitini tüzel kişiliğin devam ettiği yönünde yapmıştır. Divana göre, *Barcelona Traction*'ın İspanya'daki varlıklarını kaybetmesi ve Şirkete Kanada'da kayyum atanmış olması ticari olarak Şirketin varlığının sona erdiği anlamına gelebilir. Ancak,

⁷³ ICJ Reports, 1970, s. 38-39, parag. no. 56. Gündüz, s. 577. Nelson, s. 956.

⁷⁴ ICJ Reports, 1970, s. 40, parag. no. 64. Pazarıcı, s. 427. Gündüz, s. 577. Ali İbrahim Akkutatay, s. 60.

⁷⁵ ICJ Reports, 1970, s. 41, parag. no. 66.

hukuki açıdan aynı sonuca varmak mümkün değildir⁷⁶. Konuya hukuki açıdan bakıldığında Şirkete kayyum atanmış olması Şirketin tüzel kişiliğinin sona erdiği anlamına gelmemektedir. Şirketin tüzel kişiliğinin son bulması için Şirketin tasfiye edilmesi gerekir⁷⁷. Ayrıca *Barcelona Traction*'a Kanada'da bir yönetici de atanmıştır. Divan nazarında şirkete yönetici atanmış olması şirketin haklarını savunacak bir mekanizma oluşturulduğu anlamına gelmektedir⁷⁸.

Şu halde Divan hukuki açıdan bir şirketin tüzel kişiliğinin son bulup bulmadığının tespitinde şirketin tasfiye edilmiş olmasını temel ölçüt olarak ele almıştır⁷⁹. Divan bu tespiti yaparken şirketin haklarını savunabilecek durumda olup olmadığına bakmıştır. Şirkete kayyum atanması şirketin haklarını savunmasına engel oluşturmamaktadır. Ayrıca kayyuma devredilmiş olan şirkete yönetici atanmış olması da şirketin haklarının savunulması açısından önemli bir gösterge olarak ele alınmıştır. Bu çerçevede Divan, Belçika'nın hissedarlar adına diplomatik himaye hakkını kullanabileceği istisnai durumlardan ilkinin gerçekleşmediğine karar vermiştir⁸⁰.

Diğer istisnai durumun gerçekleşip gerçekleşmediği açısından da Divan, Belçika aleyhine bir sonuç ortaya koymuştur. *Barcelona Traction*'ın Kanada vatandaşlığını kabul eden Divan bundan sonra, Kanada'nın İspanya'ya karşı 1948 yılından 1955 yılına kadar *Barcelona Traction* hakkında birçok kez diplomatik girişimde bulunduğu ve bu çerçevede diplomatik himaye sağladığını tespit etmiştir⁸¹. Kanada hükümeti tarafından *Barcelona Traction*'ın diplomatik himayesine ilişkin girişimlerin belli bir zamandan sonra durduğunu da tespit eden Divan, bu durumun tamamen Kanada'nın inisiyatifiyle gerçekleştiği sonucuna varmış⁸² ve Kanada'nın diplomatik himaye girişimlerini durdurmasına rağmen hukuken bu hakkını kullanabilir durumda olduğundan dolayı diplomatik himaye hakkını kullanabilme yeteneğini kaybetmediğine hükmetmiştir⁸³. Kanada'nın diplomatik himaye

⁷⁶ ICJ Reports, 1970, s. 40-41, parag. no. 65-66. Gündüz, s. 577.

⁷⁷ ICJ Reports, 1970, s. 41, parag. no. 67. Gündüz, s. 577. Aynı yönde bkz. Bilge, s. 103.

⁷⁸ ICJ Reports, 1970, s. 41, parag. no. 68.

⁷⁹ Divan bu sonuca vararak, bir şirketin tasfiye edilmesi durumunda hissedarların vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye hakkının varlığını kabul etmiştir. Dumberry, s. 359. Tams / Tzanakopoulos, s. 787.

⁸⁰ Gündüz, s. 577.

⁸¹ ICJ Reports, 1970, s. 43-44, parag. no. 76-77. Gündüz, s. 579.

⁸² Divan bu sonuca vararak, bir şirketin vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye hakkını kullanamaması durumunda, o şirketin hissedarlarının vatandaşı bulunduğu devletin böyle bir hakka sahip olacağını kabul etmiştir. Pazarıcı, s. 427. Tams / Tzanakopoulos, s. 787.

⁸³ ICJ Reports, 1970, s. 44, parag. no. 77. Gündüz, s. 579.

hakkını kullanması hukuken mümkün olduğu için hissedarlar adına bunların vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye hakkının varlığı da kabul edilmemiştir.

Bu kararı ile Divan, diplomatik himaye hakkını devletin sahip olduğu bir hak olarak görmüş ve klasik anlayışı benimsemiştir⁸⁴. Buna yönelik gerekçelere de Kararda yer verilmiştir. Bu çerçevede Divana göre, diplomatik himaye sağlama konusunda devletin himayeyi ne dereceye kadar sağlayacağı, diplomatik himayeyi vatandaşın talep etme hakkının bulunup bulunmadığı ve bunun sınırlarının belirlenmesi iç hukukun alanına girmektedir⁸⁵. İç hukukun vatandaşına diplomatik himaye sağlamaması uluslararası hukuk açısından etkileyici bir sonuç ortaya çıkarmaz⁸⁶. Dolayısıyla *Barcelona Traction* adına Kanada, iç hukuku çerçevesinde diplomatik himaye sağlamasa bile bu husus Kanada'nın bu yetenekten yoksun olduğu anlamına gelmez.

Divan'ın bu yaklaşımı eleştiriye açıktır. Her ne kadar Kanada'nın hukuken *Barcelona Traction* hakkında diplomatik himaye sağlama hakkı devam etmekteyse de fiiliyatta Kanada'nın *Barcelona Traction* hakkında diplomatik himaye sağlamamasının Şirket hissedarları adına hukuksal bir talep hakkı doğurabilmesi gerekir. Diplomatik himaye hakkının klasik anlayışın sonucu olarak sadece devlete ait bir hak olarak kabul edilmesi de insan haklarının günümüz açısından gösterdiği gelişime uygun düşmemektedir⁸⁷. Aşağıda ayrıca ele alınacağı üzere Kanada'nın fiili olarak *Barcelona Traction* hakkında diplomatik himaye sağlamaması, hakkaniyet ilkesinin gereği olarak da Şirket hissedarları adına diplomatik himayeyi gündeme getirebilmelidir.

Sonuç olarak Uluslararası Adalet Divanı, *Barcelona Traction* Davası'nın ikinci aşamasında, İspanya'da faaliyet gösteren *Barcelona Traction*'a karşı alınan tedbirler yönünden Belçika'nın iddiasını 15 oya karşı 1 oyla reddetmiştir. Divanın temel gerekçesi yukarıda da ifade edildiği gibi esasen bir Kanada şirketi olan *Barcelona Traction*'ın hissedarlarına diplomatik himaye sağlanabilmesi açısından Belçika'nın *dava yetkisine (jus standi)* sahip olmadığı yönündedir⁸⁸.

⁸⁴ Göçer, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Diplomatik Himaye Hakkı, s. 225. Pazarıcı, s. 429.

⁸⁵ ICJ Reports, 1970, s. 44, parag. no. 78. Gündüz, s. 579.

⁸⁶ ICJ Reports, 1970, s. 44, parag. no. 78. Gündüz, s. 579.

⁸⁷ Ali İbrahim Akkutay, s. 3.

⁸⁸ Kemal Başlar, "Uluslararası Hukukta Erga Omnes Kavramı", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Yıl: 22, Sayı:2, 2002, s. 88.

Diplomatik Himayeye İlişkin Taslak Metin’de, şirket hissedarlarının, şirket tüzel kişiliğinden ayrı olarak korunmasına yönelik özel hükümlere yer verilmiştir. Taslak metnin 11. maddesine göre, kural olarak yabancı bir şirkete karşı yapılan uluslararası bir haksız fiilden dolayı şirket hissedarları adına bunların vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye hakkı bulunmamaktadır. Ancak istisnai olarak, haksız fiille ilgili olmayan bir nedenden dolayı şirketin, kurulduğu devlet hukukuna göre hukuksal varlığının son bulması veya şirketin, haksız fiilin meydana geldiği tarihte hissedarlara verilen zarardan sorumlu olduğu iddia edilen devletin vatandaşlığına sahip olması durumunda, şirket hissedarları adına bunların vatandaşlığında bulunduğu devlet, diplomatik himaye hakkına sahip olabilecektir. Yalnız bu son halde ayrıca, şirketin söz konusu ülkede ticari faaliyette bulunabilmesi için ön koşul olarak o ülke kanunlarına göre kurulması gerekir. Taslak metnin 12. maddesine göre ise uluslararası haksız fiil, şirketten ayrı olarak doğrudan şirket hissedarlarının zarar görmesine neden olmuşsa bu durumda da hissedarlar adına bunların vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye hakkı bulunacaktır. Taslak metnin anılan düzenlemeleri, büyük ölçüde Uluslararası Adalet Divanı’nın *Barcelona Traction* kararında ortaya koyduğu görüşü yansıtmaktadır.

Şirket hissedarlarının, şirketin bulunduğu devletin şirkete karşı olan haksız fiilinden dolayı doğrudan zarar görmesi durumunda bunlar adına vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye sağlayabileceğine yönelik görüş, *Diallo* Kararında da etkin olmuştur. Divan bu kararında, devletin, bir yabancıнын genel kurul toplantılarına katılma ve oy kullanma gibi haklarını engellemesi halinde hissedarın vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye hakkının olacağını kabul etmiştir⁸⁹. Divanın bu yaklaşımı, hissedarların uluslararası bir haksız fiilden dolayı doğrudan zarar görmeleri halinde bunların haklarının uluslararası alanda yeterli düzeyde korunabilmesi açısından yerinde olmuştur.

3. Hakkaniyet İlkesinin Diplomatik Himaye Hakkı Doğurabilme Ölçütü

Hakkaniyet (equity), genel ve soyut nitelikli hukuk kurallarının somut olaylara sert bir şekilde uygulanmasının ortaya çıkaracağı adaletsiz durumları önlemek amacıyla hakime kuralların uygulanmasında takdir yetkisi tanıyan bir ilke olarak birçok hukuk sisteminde kabul edilmiştir.

⁸⁹ ICJ Reports, 30 November 2010, s. 680, parag. 120.

Uluslararası hukukun da başvurduğu ilkelerden birisi olarak hakkaniyetin uluslararası hukuktaki gelişimi gün geçtikçe önemi artan bir seyir izlemiştir⁹⁰. Uluslararası hukukta *hakkaniyet* kavramının kullanımını bazen devletlerin uygulamasında, bazen de uluslararası yargı kararlarında görmekteyiz⁹¹. Kavramın tam olarak neyi ifade ettiği ve uluslararası hukuktaki rolünün etkinliği tartışmalıdır⁹². Tartışmanın esasını hakim veya hakemin hangi durumlarda hakkaniyete göre karar verebileceğinin belirlenmesine yönelik farklı düşünceler oluşturmaktadır. Hakkaniyetin genel kabul gören anlamı, hukuk kurallarının somut uyuşmazlıklara uygulanmasında adaletin tam olarak gerçekleştirilebilmesi için yine hukuk içerisinde hakime takdir yetkisi bırakılan alanlarda hakimin bu yetkiyi somut olayın özelliklerine göre adil bir şekilde uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır⁹³. Yani bu anlamda hakkaniyet, hukuk kurallarının bir tarafa bırakılarak hakimin hakkaniyet ilkesine göre karar vermesi anlamına gelmemektedir. Bu anlamda hakkaniyet, hukuk kuralları içerisinde hakime takdir yetkisi bırakılan alanlarda kendisine başvurulmuş bir ilke olarak ortaya çıkmaktadır. İkinci anlamda hakkaniyet ise uyuşmazlığın taraflarının hakkaniyete göre karar vermesi konusunda hakimi veya hakemi yetkilendirmeleri bahsinde gündeme gelmektedir. Bu anlamda hakkaniyet ise ilk anlamından farklıdır. Taraflar açısından hakkaniyet ilkesine göre karar verme konusunda hakim veya hakem özel olarak yetkilendirildiği için artık hakim veya hakemin hukuk kurallarının içinde veya dışında somut olayın özelliklerine göre adil bir karar ortaya koyması beklenmektedir. Bu anlamda hakkaniyet ilkesine göre hakim veya hakem, hukuk kurallarına bağlı kalarak karar vermek zorunda değildir. PAZARCI da hakkaniyet ilkesi açısından böyle bir ayırım ortaya koymuştur⁹⁴. Aslında uluslararası hukukta karşımıza çıkan bu ayırımın uluslararası pozitif hukuk içerisinde karşılığı da bulunmaktadır. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde, tarafların görüş birliğine varmaları halinde Uluslararası Adalet

⁹⁰ Fevzi Topsoy, "Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasında 'Hakkaniyet İlkesi' ve Dağıtıcı Adaletin Sağlanmasındaki Rolü", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, <http://www.anadolu.edu.tr/sites/default/files/files/17.pdf>, (Erişim Tarihi: 11.02.2015), s. 200-201.

⁹¹ Bkz. Topsoy, s. 191-203.

⁹² Hugh Thirlway, "The Sources of International Law", Editör: Malcolm D. Evans, *International Law*, First Edition, Oxford University Press, 2003, s. 140.

⁹³ Seyfullah Edis, "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 30, Sayı: 1-4, Ankara, 1973, s. 190.

⁹⁴ Pazarıcı, s. 286. Türk iç hukuku açısından hakkaniyet ilkesinin birinci anlamda kabul edildiği hakkında bkz. Edis, s. 193. Gülriz Özkök, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 2, 2002, s. 15.

Divanı'nın hakkaniyete (*ex aequo et bono*) uygun olarak karar verebileceği öngörülmüştür⁹⁵. Dikkat edilirse maddede, Divanın hakkaniyete uygun olarak karar verebilmesi için tarafların görüş birliğine varmaları şart koşulmuş ve bu durumda hakkaniyet uluslararası hukukun diğer kaynaklarından ayrı bir hukuk kaynağı olarak öngörülmüştür⁹⁶. Tarafların görüş birliğine varmaması durumunda Divan'ın hakkaniyete göre karar vermesi mümkün değildir. Andlaşmada yer alan bu hüküm hakkaniyete göre karar vermenin bağımlı bir yetki olduğunu göstermektedir. Diğer taraftan, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde yer alan bu hüküm yanında hakkaniyetin birinci anlamda uluslararası hukukta uygulanabilirliği hem doktrinde genel olarak kabul görmekte⁹⁷, hem de Divanın kararlarında gerekçe olarak bu ilkeye sıkça rastlanılmaktadır⁹⁸. İşte bu kararlardan birisini de *Barcelona Traction* Kararı oluşturmaktadır. Bu Kararında Divan, hakkaniyet ilkesini birinci anlamda ele almış ve genel ve soyut nitelikteki uluslararası hukuk kurallarının somut uyuşmazlığın çözümü açısından sert bir şekilde uygulanmasının adil bir sonuç ortaya çıkarıp çıkarmayacağını değerlendirmiştir. Bu çerçevede hakkaniyet ilkesi *Barcelona Traction* Davası'nda Belçika hükümetinin iddialarının kabulü açısından ileri sürülmüştür. Daha önce ifade edildiği gibi uluslararası hukukun bugün geldiği aşamada şirket hissedarları adına vatandaşlığında buldukları devletin diplomatik himaye hakkı olduğu yönünde bir uluslararası hukuk kuralı esasen bulunmamaktadır. İstisnaen hakkaniyetin gerektirmesi durumunda ya da şirketin tasfiyesi halinde hissedarlar adına vatandaşlığında buldukları devletin diplomatik himaye hakkı kabul edilmektedir⁹⁹.

Divan, *Barcelona Traction* Davası'nda hakkaniyet ilkesinin Belçika hükümetine hissedarları adına ileri sürebileceği bir hak verip veremeyeceği konusunu tartışmıştır. Kural olarak Divan hakkaniyet ilkesinin, şirket hissedarları adına bunların vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye hakkını doğurabileceğini kabul etmiştir¹⁰⁰. Ancak bu tür durumları oldukça sınırlandırmıştır. Divana göre hakkaniyet ilkesinin gereği olarak

⁹⁵ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: “*This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto.*”

⁹⁶ Thirlway, s. 140-141. Pazarıcı, s. 463.

⁹⁷ Pazarıcı, s. 286.

⁹⁸ Aynı yönde bkz. Topsoy, s. 197.

⁹⁹ Bilge, s. 103. Akehurst, s. 100-101. Harris, s. 644. Robert McCorquodale, Martin Dixon, **Cases and Materials on International Law**, Fourth Edition, Oxford University Press, 2003, s. 428. Brownlie, s. 477-481.

¹⁰⁰ ICJ Reports, 1970, s. 48, parag. no. 92.

şirket hissedarları adına bu hissedarların vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye hakkı ancak bu hakkın kullanılacağı devletin şirketin vatandaşlığında bulunduğu devlet olması halinde mümkündür¹⁰¹. Bir diğer deyişle hissedarların vatandaşlığında bulunduğu devletin şirketin vatandaşlığında bulunduğu devlete karşı hissedarlar adına diplomatik himaye girişiminde bulunması hakkaniyet gereğidir¹⁰². Ancak Divan somut uyuşmazlık açısından böyle bir durumun ortaya çıkmadığını tespit etmiştir¹⁰³. *Barcelona Traction*'ın vatandaşlığında bulunduğu devlet İspanya değil, Kanada'dır. Bu nedenle Belçika'nın, vatandaşlığında bulunan hissedarları adına hakkaniyetin gereği olarak İspanya'ya karşı diplomatik himaye girişiminde bulunması mümkün değildir. Yukarıda da incelendiği üzere şirketin tüzel kişiliğinin son bulması veya şirket adına vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye sağlama yeteneğinden yoksun olması durumları da hakkaniyet ilkesi çerçevesinde hissedarların ulusal devletine diplomatik himaye hakkı veren istisnai durumlar olarak ele alınabilir.

Divan, şirket hissedarları adına hakkaniyet ilkesinin gereği olarak diplomatik himaye hakkını reddederken bu kararını destekleyici nitelikte bazı gerekçeler de ortaya koymuştur. Divana göre hakkaniyet ilkesinin gereği olarak hissedarlar adına diplomatik himaye hakkının kabulü farklı devletler tarafından yarışan iddiaların ortaya çıkmasına neden olur¹⁰⁴. Belçika hükümetinin, *Barcelona Traction*'ın hisselerinin % 88 gibi büyük bir çoğunluğunun Belçika vatandaşlığında olduğunu belirterek bu durumu hissedarlar üzerinde bir hakkının olduğu görüşüne gerekçe olarak ileri sürmesi¹⁰⁵ de sonucu değiştirmez. Aksi takdirde sadece bir hisseye sahip olan kişinin vatandaşlığında bulunduğu devletin de diplomatik himaye hakkının varlığının kabul edilmesi gerekecektir¹⁰⁶. Bu sonucun ise uluslararası ekonomik ilişkilerde güvensiz ve karmaşık bir ortam yaratacağı kaçınılmazdır¹⁰⁷. Bu nedenle Divan, şirketin

¹⁰¹ ICJ Reports, 1970, s. 48, parag. no. 92. Gündüz, s. 580. Caffisch, s. 195.

¹⁰² Böylece Divan, bir devletin vatandaşlığında bulunan şirket hissedarları adına, söz konusu şirketin vatandaşlığında bulunduğu diğer bir devlete karşı diplomatik himaye hakkının bulunduğunu kabul etmiştir. Brownlie, s. 480-481. Divan aynı sonuca *ELSI* Davasında da ulaşmıştır. Ali İbrahim Akkutay, s. 67. *ELSI* Davası için bkz. *Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, Judgment of 20 July 1989, <http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.07.2015).

¹⁰³ ICJ Reports, 1970, s. 48, parag. no. 92. Gündüz, s. 580.

¹⁰⁴ ICJ Reports, 1970, s. 49, parag. no. 96. Gündüz, s. 581. Ali İbrahim Akkutay, s. 59.

¹⁰⁵ ICJ Reports, 1970, s. 48-49, parag. no. 95.

¹⁰⁶ Gündüz, s. 580.

¹⁰⁷ Gündüz, s. 581.

vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye sağlama yeteneği bulunduğu müddetçe hakkaniyet gerekçesiyle de olsa Belçika hükümetinin dava yetkisinin bulunduğu kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir¹⁰⁸.

Diğer taraftan Divan, diplomatik himaye konusunda yarışan iddiaların bulunmasının neden olabileceği sorunları ortaya koyarken uluslararası kuruluşlarda memur olarak çalışan görevliler adına hem bunların vatandaşlığında bulunduğu devletin hem de söz konusu uluslararası kuruluşun diplomatik himaye hakkının bulunabileceğine de açıklık getirmiş ve bu hususu yarışan iddialar açısından ortaya koyduğu kuralın istisnası olarak değerlendirmiştir¹⁰⁹. Aradaki farkın ortaya konulması açısından Divan, bu gibi durumlarda diplomatik himaye isteyen devlet sayısının hem az hem de bunların kimliğinin belirlenmesinin kolay olacağını belirtmiş ve bu iki durum arasında bir benzerlik kurulamayacağı sonucuna varmıştır¹¹⁰.

Böylece sonuç olarak Divan, hakkaniyet ilkesi açısından da Belçika'nın dava yetkisine sahip olmadığı sonucuna varmıştır¹¹¹.

Barcelona Traction Kararı, hakkaniyet ilkesi ekseninde Belçika'ya, vatandaşlığında bulunduğu hissedarlar adına diplomatik himaye hakkı vermemesi yönüyle eleştirilebilir. Belçika vatandaşlarının *Barcelona Traction*'ın hisselerinin % 88 gibi büyük bir çoğunluğuna sahip olması, hissedarlar adına Belçika'nın diplomatik himaye hakkını ileri sürmesinde hakkaniyetin gereği olarak bir ölçüt oluşturabilir ve kabul görebilirdi. Çünkü % 88 gibi bir çoğunluğu ve Kanada'nın *Barcelona Traction* adına fiili olarak diplomatik himaye girişimlerini durdurduğunu göz önünde bulundurduğumuzda, hakkaniyetin gereği olarak bu çoğunluk adına Belçika'nın dava yetkisi kabul edilebilir görünmektedir. Burada belki böylesine yüksek bir çoğunluğa sahip olmayan hissedarlar açısından net ve adil bir ölçüt ortaya koymanın mümkün olmadığı ileri sürülebilir. Ancak esasen böylesine

¹⁰⁸ ICJ Reports, 1970, s. 48, parag. no. 92-96.

¹⁰⁹ ICJ Reports, 1970, s. 38, 50, parag. no. 53, 98. Gündüz, s. 577.

¹¹⁰ ICJ Reports, 1970, s. 50, parag. no. 98. Gündüz, s. 581-582.

¹¹¹ Gündüz, s. 582. Slomanson, *Barcelona Traction* Kararı'nı, yargısal ya da diplomatik görüşmeler açısından çok uluslu bir şirket adına hangi devletin diplomatik himaye hakkına sahip olacağını gösteren genel bir kuralın bulunup bulunmadığı ve varsa bunun hangi kural olduğu, şirket adına diplomatik himaye hakkının bir başka devlet tarafından ileri sürülmesine imkan veren istisnai bir kuralın bulunup bulunmadığı, hissedarlar adına hissedarların vatandaşlığında bulunduğu devletin böyle bir hakka sahip olup olmadığı ve bizzat hissedarların birey olarak bir hakka sahip olup olmadığı sorularını sorarak konuyu ele almaktadır. William R. Slomanson, **Fundamental Perspectives on International Law**, Fifth Edition, Thomson Wadsworth, 2007, s. 219.

bir çoğunluk olmasa bile Kanada'nın fiili olarak *Barcelona Traction* adına diplomatik himaye girişimlerini durdurmuş olması karşısında hissedarların tamamı açısından ulusal devletlerinin diplomatik himaye hakkının ortaya çıkmasının hakkaniyet ilkesinin gereği olduğunu düşünmekteyiz.

4. Uluslararası Yatırım Hukuku Açısından Şirket Hissedarları Adına Diplomatik Himaye Hakkı

Barcelona Traction Kararı, gerçek ve tüzel kişiler açısından diplomatik himayenin uygulanmasında gereksiz bir farklılık yarattığı, yabancı yatırımların korunması açısından yeterli güvenceyi sağlamadığı ve şirket hissedarlarına bireysel başvuru imkanı tanımadığı gibi gerekçelerle eleştirilmiştir¹¹². Bu eleştirilerin temel dayanak noktalarından birini, 20. yüzyılın ikinci yarısında kendini gösteren ve her geçen gün etkinliği artan insan haklarının güvence altına alınması ve korunması açısından uluslararası hukukta bireyin de suje olarak kabul edilmesine yönelik yaklaşımların¹¹³ göz ardı edilmiş olması oluşturmaktadır. Bu yaklaşıma göre, geleneksel diplomatik himaye kuralları bireyi bir uluslararası hukuk sujesi kabul etmeyerek, yani bizzat bireyin (hissedarın) kendisine uluslararası hukukta ileri sürebileceği bir hak vermeyerek, devletin diplomatik himaye uygulamayı reddetmesi veya devletin diplomatik himaye hakkının bulunmaması veya vatansızlık gibi durumlarda insan haklarının korunması açısından yetersiz kalmaktadır¹¹⁴.

Eleştirilerin bir diğer dayanak noktasını ise ekonomik gerekçeler oluşturmaktadır¹¹⁵. Her geçen gün değişen ve gelişen ekonomik gerekçeler ileri sürülerek bireysel yatırımcıların doğrudan kendi adlarına yabancı bir devlete karşı ileri sürebilecekleri bir hakka sahip olmaları gerekliliği üzerinde durulmaktadır. Hatta şirketlerin ve hissedarlarının uluslararası yatırımlarından kaynaklanan uyuşmazlıkları uluslararası tahkime götürebilmelerine yönelik olarak uluslararası bir teamül kuralının oluştuğu yönünde görüşler de ileri sürülmektedir¹¹⁶. Ancak bu tür görüşlerin, şirketlerin ve hissedarlarının

¹¹² McCorquodale ve Dixon, s. 428. Francisco Orrego Vicuna, "Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement", <http://www.arbitration-icca.org/>, (Erişim Tarihi: 11.01.2015), s. 2. Nelson, s. 959.

¹¹³ Aybay, s. 28. Bu trend kimi yazarlarca uluslararası hukukun kat ettiği önemli bir aşama olarak gösterilmiştir. Malcolm N. Shaw, **International Law**, Fifth Edition, Oxford University Press, 2003, s. 232.

¹¹⁴ Nicolas Politis, (Çev. İlhan Lütem), "Devletlerarası Nizamda Ferdin Mevkii", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1946, Cilt: 3, Sayı: 1, s. 199-213.

¹¹⁵ Vicuna, s. 19.

¹¹⁶ Bu yöndeki görüşlerin açıklandığı bir çalışma için bkz. Dumberry, s. 361-365.

uluslararası hukuk süjesi olarak kabul edilebilmelerine yönelik genel bir uluslararası hukuk kuralının var olmaması ve devletin rızası aleyhine onun hakkında uluslararası yargı mercilerine başvurulamayacağına yönelik uluslararası hukuk ilkeleri karşısında uygulanabilirliği bulunmamaktadır¹¹⁷.

Diğer taraftan, yabancı yatırımların teşviki ve korunması amacıyla devletler zaten bazı önlemleri almaktadır. Yabancı yatırımların teşvik ve korunması amacıyla devletler iç hukuklarında düzenlemeler yapmakta ve diğer devletler ile uluslararası anlaşmalar imzalamaktadır. Yapılan iki veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında, yatırım yapan şirket ve şirket hissedarları adına devletin diplomatik himaye sağlayabileceğine yönelik hükümler konulduğu gibi şirketlerin ve şirket hissedarlarının da yatırım yaptıkları devlet tarafından verilen zararlardan dolayı bu devlete karşı doğrudan uluslararası hakeme gidebilmelerine olanak sağlayan hükümlere yer verilebilmektedir¹¹⁸. 1966 yılında, devletler ile diğer devletlerin vatandaşları arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Dünya Bankası tarafından, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Hakkında Sözleşme (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States) yürürlüğe konulmuştur¹¹⁹. Bu sözleşme ile uyuşmazlıkların çözümü için Dünya Bankası bünyesinde bir merkez de oluşturulmuştur (Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi - International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID)¹²⁰.

Uluslararası Adalet Divanı'na göre, yabancı yatırımların korunmasına yönelik olarak iki taraflı veya çok taraflı anlaşmalar yürürlüğe konulmuş olabilir. Hatta bunların şirketlerle devletler arasında yapılması da mümkündür. Bu anlaşma veya sözleşmeler çerçevesinde şirketlerin veya şirket hissedarlarının diplomatik himayesine ilişkin özel düzenlemeler getirilebilir¹²¹. Böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan uyuşmazlıklara söz konusu anlaşma veya sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekir. Ancak bu tür bir anlaşma veya sözleşmenin bulunmaması durumunda uluslararası

¹¹⁷ Aynı yönde bkz. Dumberry, s. 365.

¹¹⁸ Dumberry, s. 354, 369. Pazarcı, s. 339. Olcay Işık, "Uluslararası Hukukta Yatırım Kavramı: Anlaşmalar Temelinde Bir Değerlendirme", **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Cilt 7, Sayı 28, 2011, s. 130. Nelson, s. 962.

¹¹⁹ Işık, s. 137. Süleyman Dost, **Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve Icsid Tahkimi**, Asil Yayın Dağıtım, 1. Baskı, Ankara, 2006, s. 122-123.

¹²⁰ Akehurst, s. 97-98. Pazarcı, s. 503-504. Işık, s. 137. Dost, s. 149.

¹²¹ Dumberry, s. 360. Tams / Tzanakopoulos, s. 787.

hukukun genel kurallarının uygulanması söz konusu olacaktır. Divana göre, *Barcelona Traction*'ın İspanya'da yürüttüğü ticari faaliyete ilişkin olarak taraflar arasında yürürlüğe konulmuş bir uluslararası andlaşma veya sözleşme bulunmamaktadır¹²². Bu nedenle Divanın önündeki uyuşmazlık açısından yabancı yatırımların korunmasına ilişkin olarak herhangi bir uluslararası andlaşma veya sözleşmeye başvurulmamıştır.

Barcelona Traction Kararı'nı yabancı yatırımların korunması açısından değerlendirdiğimiz zaman şüphesiz olumlu bir sonuç ortaya koymak mümkün değildir¹²³. Günümüzde uluslararası yatırım şirketlerinin çok uluslu yapısını ve ulaştıkları devasa büyüklükleri düşündüğümüz zaman bu şirketlerin ve şirket hissedarlarının korunmasına yönelik hukuksal kuralların da bir gelişim göstermesi gerekir. Özellikle insan hakları alanındaki gelişim, şirket hissedarlarının haklarının korunmasına yönelik çabaları güçlendirmelidir. Her ne kadar bu alanda yapılan iki veya çok taraflı yatırım andlaşmalarının yabancı sermayeyi korumaya yönelik hukuksal bir araç olarak kullanılması mümkünse de bu tür andlaşma veya sözleşmelerin bulunmadığı durumda uluslararası hukukun, şirket hissedarlarını bu alanda korumasız bırakmaması gerektiği kanaatindeyiz.

III. *ERGA OMNES* YÜKÜMLÜLÜKLER

Diplomatik himaye, vatandaşına bir başka devlet tarafından haksızlık yapılan devlete, haksızlık yapan devlete karşı vatandaşı adına girişimde bulunma hakkı veren bir uluslararası hukuk kuralıdır. Bu nedenle klasik anlayışa göre, diplomatik himaye sadece vatandaşına haksızlık yapılan devlete hak verir ve bu haktan kaynaklanan yükümlülükler sadece diğer devletin yerine getirmek zorunda olduğu yükümlülüklerdir.

Bu yükümlülükler dışında bazı yükümlülükler daha ileri sürülmüştür ki bunlar tüm uluslararası topluma karşı yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerdir ve bu yükümlülüklere uyulmaması bütün devletlerin hakkını ihlal eder¹²⁴. Bu yükümlülükler *Barcelona Traction* Davası'nda *erga omnes* olarak ifade edilmiş ve diplomatik himaye gerektiren yükümlülüklerden

¹²² ICJ Reports, 1970, s. 47, parag. no. 90.

¹²³ Bununla birlikte *Barcelona Traction* Davası, yabancı yatırım andlaşmalarının gelişmesine neden olmuş ve bu alanda öncülük etmiştir. Nelson, s. 941, 962.

¹²⁴ *Erga omnes* yükümlülükler uluslararası bir andlaşma ile düzenlenmiş değildir. *Erga omnes* konsepti, *Barcelona Traction* Davası ile gelişim göstermiştir. Ancak, Divanın kararı *erga omnes* üzerine kurulu bir karar değildir. Başlar, s. 88 ve 92. Tams / Tzanakopoulos, s. 782.

farklı oldukları vurgulanmıştır¹²⁵. Divana göre örneğin, soykırım ve saldırının yasaklanması gibi çağdaş uluslararası hukuk kuralları¹²⁶ ile kölelik ve ırkçılığın yasaklanması gibi temel insan hakları ile ilgili ilke ve kurallar *erga omnes* yükümlülük doğurur¹²⁷. Diplomatik himaye gerektiren yükümlülükler ise her devlet açısından uyulması gereken yükümlülükler değildir. Bu yükümlülükler, yabancının vatandaşı olduğu devlete karşı yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerdir¹²⁸.

Doktrinde, bazı uluslararası andlaşmaların¹²⁹ ve mahkeme kararlarının¹³⁰ tarafları dışında üçüncü kişiler açısından da etki doğurabilmesi tartışmaları söz konusu olduğunda kendisine başvuru *erga omnes*, *Barcelona Traction Davası*'nda farklı bir konseptte ele alınmış ve kendisine önem atfedilmiştir¹³¹. Divan *erga omnes* kavramını, bazı uluslararası hukuk kurallarına uluslararası toplumun tamamının uyma yükümlülüğü olarak ifade etmekle birlikte hangi uluslararası hukuk kurallarının *erga omnes* hukuksal etki doğuracağı

¹²⁵ ICJ Reports, 1970, s. 32, parag. no. 33, 35. Gündüz, s. 574. Ali İbrahim Akkutay, s. 130.

¹²⁶ *Case Concerning Application of The Convention on The Prevention and Punishment of The Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, s. 616, parag. 31, <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.07.2015).

¹²⁷ ICJ Reports, 1970, s. 32, parag. no. 34. Gündüz, s. 574. Karl Zemanek, "New Trends in the Enforcement of Erga Omnes Obligations", in. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Ed. Jochen A. Frowein, Rüdiger Wolfrum, Vol. 4, 2000, s. 25. Divana göre, self-determinasyon hakkı da *erga omnes* yükümlülük doğuran bir uluslararası hukuk kuralıdır. Bkz. *Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment of 30 June 1995, s. 102, parag. 29, <http://www.icj-cij.org/docket/files/84/6949.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.07.2015).

¹²⁸ ICJ Reports, 1970, s. 32, parag. no. 35. Gündüz, s. 575.

¹²⁹ Tams / Tzanakopoulos, s. 791. PAZARCI,

"i) bir devletin siyasal statüsü; ii) bir devletin ülkesinin tümünün ya da bir bölümünün silahsızlandırılması, askerden arındırılması gibi konularda ülkesel statüsü; iii) uluslararası önemde deniz ya da akarsu yollarının statüsü; iv) kimi uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliği"

ne ilişkin andlaşmaları *erga omnes* nitelikte andlaşma olarak nitelendirmekte ve uluslararası hukukta bu tür andlaşmaların, andlaşmanın tarafları dışında kalan üçüncü kişiler açısından da bağlayıcı olduğuna yönelik genel bir kabulün bulunmadığını belirtmektedir. Pazarci, s. 90-91.

¹³⁰ Başlar, s. 80. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 59. maddesi şu şekildedir: "The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case." Bkz. <http://www.icj-cij.org/documents/?p1=4&p2=2>, (Erişim Tarihi: 03.07.2015). Bu çerçevede Uluslararası Adalet Divanı kararlarının sadece davanın tarafları açısından bağlayıcı olduğunu söyleyebiliriz. Aynı yönde bkz. Pazarci, s. 134-135.

¹³¹ Erika De Wet, "Jus Cogens and Obligations Erga Omnes", Dinah Shelton (Ed.), **The Oxford Handbook on Human Rights**, January 15, 2013, s. 553, <http://ssrn.com/abstract=2279563>, (Erişim Tarihi: 9.1.2015).

konusunda herhangi bir ölçüt ortaya koymamıştır¹³². Ancak, soykırım, kölelik, ırkçılık ve saldırının yasaklanması gibi bazı uluslararası hukuk kurallarının *erga omnes* nitelikte olduğu kabul edilerek aslında dolaylı olarak uluslararası hukukun genel ilkesi niteliği taşıyan ve temel insan haklarının korunmasını amaçlayan kural ve ilkelere *erga omnes* nitelik atfedilmiş ve bir ölçüt çizilmiştir. Bununla birlikte doktrinde bazı yazarlar Divanın bu yaklaşımının belirsizlik oluşturduğunu ileri sürmüştür¹³³. *Erga omnes* üzerinde ortaya çıkabilecek bu belirsizlikleri BAŞLAR bir örnekle şu şekilde açıklamaktadır¹³⁴:

“Örneğin, OPEC ülkelerinin bir karar alıp ABD ve AB ülkelerine petrol yasağı koyduğunu farz edelim. Bu durumda batı şu argümanı kullanacaktır. “Petrol insanlığın yaşamını sürdürmek için o kadar önemli bir kaynaktır ki, bu bir çeşit “enerji hakkı” gibi görülebilir. Bu hak ise yaşam hakkının en önemli tamamlayıcısıdır. Batı’ya petrol satmayarak milyonlarca insanın yaşam hakkını ve kalitesini düşürecek derecede bir yükümlülüğü yerine getirmeyen devletler *erga omnes* yükümlülüklerine aykırı davranmaktadırlar. Bu durumda Batı’nın kendi insanların temel insan hakkını korumak için “insani müdahale”de bulunarak petrol kaynaklarını kontrolü altına alması Birleşmiş Milletler Şartının 2. maddesinde yer alan müdahale etmeme ilkesine aykırılık teşkil etmez.” ”

Ayrıca yazar Divanın, kararında, *erga omnes* yükümlüklerin ne gibi sonuçlar doğuracağı hakkında bir açıklama yapmadığını da ileri sürmüştür¹³⁵. Yazarın haklı olarak belirtmiş olduğu bu belirsizliklerin ortadan kaldırılması amacıyla doktrinde *erga omnes* genellikle, emredici hukuk kuralları (*jus cogens*) ile birlikte ele alınmış¹³⁶ ve açıklamalar buna göre yapılmıştır¹³⁷. Bazı

¹³² Başlar, s. 92.

¹³³ Ali İbrahim Akkutay, s. 130. Tams, s. 4, 306.

¹³⁴ Başlar, s. 105.

¹³⁵ Başlar, s. 92. Bununla birlikte yazar, *erga omnes* düşüncesine karşı çıkmamakta, tam aksine *erga omnes* bir uluslararası hukuk müessesesi olarak uluslararası hukukun anayasal gelişiminin önemli bir aşaması olarak görmektedir. Bkz. Başlar, s. 79.

¹³⁶ Tams, s. 139.

¹³⁷ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 53. maddesinde yer alan, “Bir anlaşma yapılması sırasında milletlerarası genel hukukun emredici bir normu ile çatışıyorsa batıldır. Bu sözleşme bakımından milletlerarası genel hukukun emredici bir normu, bir bütün olarak Devletlerin milletlerarası toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası genel hukuk normu ile

yazarlar *erga omnes* yükümlülükler ile emredici hukuk kuralları arasında yakın bir ilişki bulunduğunu ileri sürmüş ve emredici hukuk kurallarının belli uluslararası suçların hukuksal durumunu¹³⁸, *erga omnes* yükümlülüklerin ise bunların doğurduğu hukuksal etkiyi ifade ettiğini belirtmiştir¹³⁹. Bir diğer deyişle emredici hukuk kurallarından kaynaklanan zorunlulukların *erga omnes* nitelik taşıdığı üzerinde durulmuştur¹⁴⁰. Bazı yazarlar *Barcelona Traction Kararı*'nı kimi emredici hukuk kurallarının varlığının kabul edildiği bir karar olarak ele almıştır¹⁴¹. Diğer bazı yazarlar ise uluslararası hukukta emredici hukuk kuralı olarak kabul edilen bazı kuralların aynı zamanda

değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur."

hükmü ve 64. maddesinde yer alan,

"Eğer milletlerarası genel hukukun yeni bir emredici normu ortaya çıkarsa, bu normla çatışan mevcut herhangi bir andlaşma batıl hale gelir ve sona erer."

hükmü ile uluslararası hukukta emredici hukuk kuralları kabul edilmiştir. 53. ve 64. madde çevirisi şu adresten alınmıştır: <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/altipar/Okuma/Viyana%20Andlasmalar%20Hukuku%2069.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.1.2015). Andlaşmanın orijinal metni için bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>, (Erişim Tarihi: 03.07.2015). Bununla birlikte bu düzenlemelerin içeriğini oluşturan kuralların neler olduğu konusunda tartışmalar sürmektedir. Lisa Yarwood, **State Accountability Under International Law Holding States Accountable For a Breach of Jus Cogens Norms**, Routledge, London and New York, 2012, s. 68-70. Kuvvet kullanma yasağı, soykırım, köle ticareti ve deniz haydutluğunun önlenmesi, insanlığa karşı suçların önlenmesi, ırkçılığın yasaklanması, işkence yasağı ve devletlerin egemen eşitliği gibi ilkelerin emredici nitelikte uluslararası hukuk kuralları olduğu doktrinde genel olarak kabul edilmektedir. Mahmut Göçer, "Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 57-2, s. 10. İrem Karakoç, "Uluslararası Hukukta Emredici Kural (Jus Cogens=Peremptory Norms) Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1, 2006, s. 90-91. Berat Lale Akkutay, "Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağımsızlığı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 113, 2014, s. 103-104. De Wet, s. 542-543. Pazarıcı, s. 81. Bir uluslararası hukuk kuralının emredici hukuk kuralı olarak kabul edilebilmesi için taşıması gereken özellikler ve uluslararası mahkemelerin emredici hukuk kurallarını kabul ettiklerine yönelik örnek kararlar hakkında ayrıca bkz. De Wet, s. 543-544. Pazarıcı, s. 81.

¹³⁸ Emredici hukuk kurallarının, uluslararası kamu düzeninin kaynağı olduğu hakkında bkz. Berat Lale Akkutay, s. 101. Emredici hukuk kurallarının, uluslararası toplumun temel kuralları olduğu hakkında bkz. Erdem Denk, "Uluslararası Andlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 56-2, s. 49.

¹³⁹ Yazara göre *erga omnes*, emredici hukuk kuralı seviyesinde kabul edilen bir uluslararası suçun sonucu olarak ortaya çıkabilir. Buna karşılık bir yükümlülüğün *erga omnes* nitelikte olduğunun kabul edilmesi onun her zaman emredici hukuk kuralı olarak kabul edilmesinin bir nedeni olamaz. M. Cherif Bassiouni, "International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes", **59 Law and Contemporary Problems**, Autumn 1996, s. 63. Aynı sonucu öngören yaklaşımlar için bkz. Berat Lale Akkutay, s. 102. De Wet, s. 555. Başlar, s. 80. Zemanek, s. 6.

¹⁴⁰ Gündüz, s. 34-35.

¹⁴¹ Karakoç, s. 114-115.

erga omnes nitelikte olduğunun kabul edilmesinin bu nitelikteki kuralların uygulanabilirliğini güçlendiren bir yaklaşım olduğunu ifade etmiştir¹⁴².

Erga omnes yükümlülükler, kimi zaman uluslararası hukukun genel ilkeleri ile birlikte de ele alınmaktadır. Özellikle insan haklarının korunmasını amaçlayan uluslararası hukukun genel ilkelerinin, *erga omnes* nitelik taşıdığı daha kolay bir şekilde ileri sürülmektedir. Örneğin Uluslararası Adalet Divanı, *Diallo Davası*'nda, *erga omnes* nitelemesi yapmamasına rağmen insanlık dışı ve onur kırıcı muamelelerin yasaklanmasına ilişkin kuralların, bu kuralları bünyesine alan uluslararası andlaşmaların tarafı olmasa bile her devlet açısından bağlayıcı, uluslararası hukukun genel ilkelerinden olduğunu kabul etmiştir¹⁴³. Bu çerçevede *erga omnes* yükümlülük doğrudan uluslararası hukuk kuralları ele alınırken bunların aynı zamanda uluslararası hukukun bir kaynağı olarak uluslararası hukuk genel ilkelerinden olma ihtimalinin göz önünde bulundurulması gerekir.

Barcelona Traction Kararı'nda esas alınan *erga omnes* gerekçesi belli bir noktada belirsiz bir nitelik taşımakla birlikte büyük ölçüde anlam, kapsam ve sonuçlarının belirli bir şekilde ortaya konulduğu kanaatindeyiz. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi Divan *erga omnes* nitelikte olan bazı uluslararası hukuk kural ve ilkelerine kararında açıkça yer vermiştir. Yer verilen bu kural ve ilkelere bakıldığında gerçekten bunların emredici nitelikteki hukuk kuralları ile örtüştüğü görülmektedir. Örneğin, ırkçılığın yasaklanması emredici bir uluslararası hukuk kuralıdır ve bir devlet bu kurala aykırı davrandığı zaman aslında uluslararası toplumun tamamına karşı sorumluluk altına girer. Kendisine karşı ırkçılık uygulanan toplumun kimlik ve vatandaşlığından arı olarak herhangi bir devlet, ırkçılık uygulayan devlete karşı ırkçılığa son vermesini isteyebilir¹⁴⁴. Hatta, Divanın yaklaşımını ele aldığımızda bu devlet ırkçılık uygulayan devlete karşı uluslararası hukukun çizdiği çerçevede diğer hukuksal imkanları kullanabilir. Divan, *erga omnes* yükümlülük doğrudan

¹⁴² De Wet, s. 555-556.

¹⁴³ *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo, (Republic of Guinea v. Democratic Republic Of The Congo)*, Judgment, ICJ Reports, 30 November 2010, s. 671, parag. 87, <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/16244.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.07.2015).

¹⁴⁴ BAŞLAR, *erga omnes* yükümlülüklerin ihlali halinde devletin yerine Birleşmiş Milletler'e müdahalede bulunma ve dava açma hakkının tanınması gerektiğini ileri sürmektedir. Başlar, s. 97. Ancak, kanaatimizce uluslararası toplumun temel ögesi olan devletlere bu yetkiyi tanımamak *erga omnes* müessesesinin ortaya çıkış amacına ters düşer ve herkese karşı yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerin fiiliyatta uygulanmasını ortadan kaldırır. Birleşmiş Milletlerin bu yönde kullanacağı inisiyatifin de mevcut yapı karşısında her zaman süper güçlerin ulusal menfaatine olacağı şüphesizdir.

ırkçılığın önlenmesi kuralına bir devletin aykırı davranması durumunda diğer devletlerin bunun önlenmesine ilişkin hak ileri sürebilmesi arasında hukuksal bir bağın bulunduğunu kabul etmiştir¹⁴⁵. Bu esas çerçevesinde örneğin, Avrupa’da, Çin’de, Orta Doğu’da, İsrail’de ve Rusya’da etnik veya dinsel ırkçılık ve ayrımcılığa maruz kalan toplumlara karşı Türk vatandaşlığında bulunsun veya bulunmasın Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin koruma sağlama, ırkçılık ve ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını talep etme ve gerektiğinde insani müdahalede bulunma¹⁴⁶ veya uluslararası mahkemelere başvurma hakkı bulunmaktadır. Nitekim, bu esastan hareketle Uluslararası Hukuk Komisyonu’nca 2001 yılında kabul edilen Uluslararası Sorumluluğa İlişkin Taslak Metnin 48. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, uluslararası toplumun geneline ilişkin bir yükümlülüğün ihlali (*the obligation breached is owed to the international community as a whole*) halinde doğrudan zarar görmese bile herhangi bir devletin zarar veren devlete karşı uluslararası sorumluluk mekanizmasını işletebileceği öngörülmüştür¹⁴⁷.

Yukarıda BAŞLAR’ın verdiği örnek ve burada yer verdiğimiz örneği birlikte ele aldığımızda elbette *erga omnes* nitelikte kabul edilen yükümlülüklerin belirlenmesi, nitelendirilmesi, kapsam ve sonuçlarının ortaya konulması açısından her zaman geçerli olabilecek bir sonuç ortaya koymak mümkün değildir. Ancak bu esas, uluslararası ilişkilerin doğasından ve uluslararası hukukun gelişim göstermeye devam eden bir yapı oluşturmasından kaynaklanmaktadır ve uluslararası hukukun birçok alanında mevcuttur¹⁴⁸. Bu nedenle özellikle uluslararası hukukta emredici nitelikte olduğu kabul edilen kuralların *erga omnes* yükümlülük doğurduğunun kabul edilmesi ve bu çerçevede *Barcelona Traction* Kararı’nda *erga omnes* yükümlülüklerin bir hukuksal gerekçe olarak ortaya konulması özellikle soykırım, ırkçılık, kölelik ve saldırının önlenmesi gibi zaten birçoğu uluslararası hukukun genel ilkesi niteliğinde olan ve temel insan haklarına ilişkin bulunan ilke ve kuralların daha da güçlenmesi adına olumlu bir gelişme olmuştur.

Diğer taraftan, uluslararası hukukta *erga omnes* yükümlülüklerin varlığının kabul edilmesi uluslararası hukuk kuralları arasında var olan hiyerarşi tartışmalarına yeni bir boyut kazandırmıştır. Doktrinde, uluslararası

¹⁴⁵ ICJ Reports, 1970, s. 32, parag. no. 33.

¹⁴⁶ Zemanek, s. 34.

¹⁴⁷ Bkz. http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf, (Erişim Tarihi: 09.07.2015).

¹⁴⁸ Pazarıcı, s. 6-9.

andlaşma, uluslararası teamül kuralı ve uluslararası hukukun genel ilkelerinin kendi arasında bir hiyerarşiye tabi olup olmadığına ilişkin birçok tartışma yapılmış ve genel olarak bunlar arasında bir hiyerarşi bulunmadığı ortaya konulmuştur¹⁴⁹. Ancak, BM Andlaşması'nın 103. maddesinde yer alan,

“Birleşmiş Milletler Andlaşması çerçevesinde Birleşmiş Milletler üyelerinin uymaları gereken yükümlülükler ile diğer bir uluslararası andlaşma çerçevesinde uyulması gereken yükümlülüklerin çatışması durumunda bu andlaşma hükümleri uygulanır.”

hükümünün¹⁵⁰ sonucu olarak BM Andlaşması'nın diğer uluslararası andlaşma hükümlerinden hiyerarşik olarak üst düzeyde bulunduğu kabul edilmektedir¹⁵¹. Bu tartışmaların ötesinde ayrıca *jus cogens* kurallar açısından Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin getirdiği pozitif düzenlemenin sonucu olarak bunların da hiyerarşik bir üstünlüğü kabul edilmektedir¹⁵². Çünkü söz konusu andlaşma hükümlerine göre emredici hukuk kurallarına

¹⁴⁹ Uluslararası hukukta kaideten, hukukun kaynağı olarak kabul edilen uluslararası andlaşma, uluslararası teamül kuralı ve uluslararası hukukun genel ilkeleri arasında hiyerarşik bir altlık – üstlük ilişkisinin bulunmadığı genel olarak kabul edilmektedir. Bu kabul, devletlerin iradesinin her üç hukuk kaynağında da farksız olarak tezahür etmesinden kaynaklanmaktadır. Göçer, *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı*, s. 8. Karakoç, s. 94-95. Denk, s. 52. Talat Kaya, “Uluslararası Hukuk Bölünüyor mu? Uluslararası Hukukun Genişlemesi ve Farklılaşmasından Kaynaklanan Zorluklar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61 (1), 2012, s. 167. Ancak bununla birlikte diğer bir görüş ise uluslararası andlaşmaların, diğer uluslararası hukuk kurallarına göre hiyerarşik olarak daha üst düzey olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşün dayanak noktası uluslararası andlaşmaların diğer uluslararası hukuk kaynaklarına göre daha açık olması ve açık rızaya dayanmasından dolayı bir üstünlük göstermesidir. Bkz. Serap Akipek, “Türk Mevzuatının Onaylanan Uluslararası Antlaşmalar ile Uyumlaştırılması Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 48, S. 1-4, 1999, s. 17 ve 4. dipnot. Bazı yazarlar ise uluslararası andlaşmalar ile teamül kurallarının eşit düzeyde olduğunu, ancak açık andlaşma hükümleri karşısında uluslararası teamül kurallarının ileri sürülmesinin uygulamada pek mümkün olmadığını belirtmekte ve ayrıca uluslararası hukukun genel ilkelerinin diğer iki uluslararası hukuk kaynağına göre ikincil ve tamamlayıcı nitelikte hukuk kuralları olduğunu ileri sürmektedir. Pazarıcı, s. 111, 118.

¹⁵⁰ Andlaşma metni için bkz. <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.1.2015). Türkçe metin için bkz. http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc027/kanuntbmmc027/kanuntbmmc02704801.pdf, (Erişim Tarihi: 28.1.2015).

¹⁵¹ AB hukuk düzeninin uluslararası hukuk düzeni karşısındaki hukuksal konumu hakkında bkz. Pazarıcı, s. 29-30.

¹⁵² Gündüz, s. 37. Göçer, *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı*, s. 10. Berat Lale Akkutay, s. 102. Denk, s. 52.

aykırı nitelik taşıyan andlaşma hükümleri batıl olacaktır. Bunun doğal sonucu olarak emredici hukuk kurallarının diğer uluslararası hukuk kurallarından üstünlüğü kendiliğinden ortaya çıkmaktadır¹⁵³.

Aynı durumun *erga omnes* yükümlülük doğuran kurallar açısından gerçekleşmesi söz konusu olabilir mi? Doktrinde bazı yazarlar, *erga omnes* yükümlülük doğuran kuralların diğer uluslararası hukuk kurallarına göre üstünlüğünü kabul etmektedir. GÜNDÜZ, *erga omnes* yükümlülük doğuran kuralların hiyerarşik durumuna ilişkin olarak şu açıklamayı yapmaktadır¹⁵⁴:

“... bazı MAH kurallarının aksiyomatik (açık, kesin ve ispata gerek göstermeyen) ve Anayasal olduğu ve diğer kurallardan daha esash, daha önemli oldukları ve onlardan önce geldikleri de kabul edilmektedir.”

KAYA ise *erga omnes* yükümlülük yükleyen kuralların hiyerarşik olarak diğer uluslararası hukuk kurallarından üstün, ancak emredici hukuk kurallarından aşağıda bulunduğunu ileri sürmektedir¹⁵⁵. Bu görüşlerin temel dayanak noktasını *erga omnes* yükümlülük doğuran kuralların diğer uluslararası hukuk kurallarından farklı olarak herkese karşı ileri sürülebilir olması oluşturmaktadır. Elbette bu husus *erga omnes* yükümlülük doğuran kuralların diğerlerine karşı üstünlüğünün hukuksal bir gerekçesi olarak gösterilebilir. Ancak, *Barcelona Traction* Kararı'nda *erga omnes* yükümlülük doğrudan kuralların diğer uluslararası hukuk kurallarına göre üst düzeyde bulduklarına yönelik bir gerekçe ortaya konulmamıştır. Viyana Andlaşmalar Sözleşmesi'nde de böyle bir hükme yer verilmemiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi aslında *erga omnes*, doğrudan uluslararası hukuk kurallarını tanımlamamaktadır. *Erga omnes* bazı uluslararası hukuk kurallarının niteliğini ve etkisini ortaya koyan bir anlayıştır. *Erga omnes* ile bazı uluslararası hukuk kurallarının diğerlerine göre farklı olduğu ve farklılığın bu kurallarının herkese karşı ileri sürülebilmesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir. O halde bir uluslararası hukuk kuralının *erga omnes* nitelikte kabul edilmesi, bu kuralı doğrudan diğer uluslararası hukuk kurallarından hiyerarşik olarak üst düzeye getirmez. *Erga omnes* nitelikte olduğu kabul edilen uluslararası hukuk kuralının emredici hukuk kuralları ile bağlantısının kurulması durumunda ise vardığımız bu sonuç değişecektir. Yani *erga omnes* yükümlülük doğuran bir uluslararası hukuk kuralı aynı zamanda emredici bir hukuk kuralı ise artık bu kuralın emredici nitelikte olmasından dolayı diğer uluslararası hukuk

¹⁵³ Pazarıcı, s. 80-81.

¹⁵⁴ Gündüz, s. 36. Aynı yönde bkz. Başlar, s. 81.

¹⁵⁵ Kaya, s. 168-169.

kurallarından daha üstün olduğu söylenebilecektir. Bu çerçevede *erga omnes* yükümlülük doğuran soykırım, ırkçılık, kölelik ve saldırının önlenmesi gibi uluslararası hukuk kurallarının aynı zamanda emredici uluslararası hukuk kuralları olduğu için diğer uluslararası hukuk kurallarına göre hiyerarşik olarak üst düzeyde yer aldığı söylenebilir.

SONUÇ

Barcelona Traction Kararı, bir taraftan şirketlerin vatandaşlığının tespitinde gerçek bir vatandaşlık bağının aranıp aranmaması, diğer taraftan, hissedarlar adına vatandaşlığında buldukları devletin diplomatik himaye hakkının varlığı veya yokluğuna ilişkin tartışmalarda en başta atıfta bulunulacak kararlardan birisi olma özelliğini sürdürmektedir. Bu tartışmalar son zamanlarda hız kazanan insan hakları ve bireysel yatırım hukuku alanındaki gelişmeler ile birlikte daha da alevlenmektedir. Geleceğe yönelik olarak bu iki alandaki gelişmelerin klasik diplomatik himaye kurallarının yumuşatılması yönünde bir eğilim oluşturacağı öngörülebilir.

Barcelona Traction davasında Divan tarafından ortaya konulan, hissedarlar adına bunların vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye sağlayamayacağına yönelik karar, esasen hissedarlar dışında şirketin ayrı bir tüzel kişiliğinin bulunması ve şirketin zarara uğramasına yol açan fiillerden hukuki olarak doğrudan şirketin etkilenebileceği düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Ancak 1960'lı yıllardan itibaren devletler tarafından yürürlüğe konulan iki taraflı yatırım anlaşmalarında, genellikle şirket hissedarları adına şirketin vatandaşlığında bulunduğu devletin veya doğrudan şirket veya hissedarlar tarafından uluslararası hakeme başvurulabileceğine yönelik hükümlere yer verilmesi, en azından iki taraflı anlaşmalar boyutunda bu yöndeki anlayışın değişmeye başladığını göstermektedir. Bununla birlikte *Barcelona Traction* kararında ortaya konulan şirketlerin diplomatik himayesine ilişkin yaklaşım halen uluslararası hukukta geçerliliğini devam ettirmektedir.

Barcelona Traction Kararı ile geliştirilen *erga omnes* konsepti ise belirsizlik içerdiği yönündeki eleştirilere rağmen özellikle soykırım, kölelik, ırkçılık ve saldırının yasaklanması gibi uluslararası hukukun genel ilkelerinin gelişimine katkı sağlamış ve uluslararası alanda insan haklarının korunmasına yönelik çabaları güçlendirmiştir. Elbette uluslararası hukukunun bugün geldiği aşamada *erga omnes* konseptinin kendisinden beklenen faydayı tam olarak ortaya koyabilmesinin önünde birçok engel bulunmaktadır. Bu anlayışın, devletlerin gücüne ve kendi ulusal çıkarlarına göre tanımlanması

ve kullanılması da mümkündür. Ancak, emredici hukuk kuralları, insani müdahale ve insanlığın ortak ilgisi gibi değerlerin uluslararası hukukta kurumsallaşması, *erga omnes* konseptinin gelişmesine de katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

AKEHURST, Michael, **A Modern Introduction to International Law**, Sixth Edition, Unwin Hyman, London, 1987.

AKİPEK, Serap, “Türk Mevzuatının Onaylanan Uluslararası Antlaşmalar ile Uyumlaştırılması Sorunu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 48, S. 1-4, 1999, s. 15-22.

AKKUTAY, Ali İbrahim; **Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

AKKUTAY, Berat Lale, “Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağımsızlığı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 113, 2014, s. 99-125.

AYBAY, Rona, **Vatandaşlık Hukuku**, 6. Bası, Aybay Yayınları, İstanbul, 2003.

BASSIOUNI, M. Cherif, “International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes”, **59 Law and Contemporary Problems**, Autumn 1996, s. 63-74.

BAŞLAR, Kemal, “Uluslararası Hukukta Erga Omnes Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, Yıl: 22, Sayı:2, 2002, s. 75-107.

BİLGE, A. Suat, **Tebaanın Yabancı Memleketlerde Diplomatik Himayesi**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 33-15, Ankara, 1953.

BOZKURT, Enver, KÜTÜKÇÜ, M. Akif, POYRAZ, Yasin, **Devletler Hukuku**, Genişletilmiş 4. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2004.

BROWNLIE, Ian, **Principles of Public International Law**, Second Edition, Clarendon Press-Oxford, 1973.

CAFLISCH, Lucius C., “The Protection of Corporate Investment Abroad In The Light of The Barcelona Traction Case”, **Zeitschrift für**

ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Stuttgart, Berlin (etc.), 1971, 31, 1-2, s. 162-196, http://www.zaoerv.de/31_1971_1_2_a_162_196.pdf, (Erişim Tarihi: 10.07.2015).

DE WET, Erika, “Jus Cogens and Obligations Erga Omnes”, Dinah Shelton (Ed.), **The Oxford Handbook on Human Rights**, January 15, 2013, s. 541 - 561, <http://ssrn.com/abstract=2279563>, (Erişim Tarihi: 9.1.2015).

DENK, Erdem, “Uluslararası Andlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kuralları”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 56-2, s. 43-70.

DOĞAN, İlyas, **Devletler Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.

DOST, Süleyman; **Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve İcsid Tahkimi**, Asil Yayın Dağıtım, 1. Baskı, Ankara, 2006, s. 122-123.

DUMBERRY, Patrick, “The Legal Standing of Shareholders Before Arbitral Tribunals: Has Any Rule of Customary International Law Crystallised?”, **Michigan State Journal of International Law**, Vol. 18:3, 2010, s. 353-374.

EDİS, Seyfullah, “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 30, Sayı: 1-4, Ankara, 1973, s. 169-196.

GÖÇER, Mahmut, “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Diplomatik Himaye Hakkı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 4, 2008, s. 219-236.

GÖÇER, Mahmut, “Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 57-2, s. 1-16.

GÜNDÜZ, Aslan, **Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar**, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2000.

HARRIS, D. J., **Cases and Materials on International Law**, Sixth Edition, London, Sweet&Maxwell, 2004.

İŞİK, Olcay, “Uluslararası Hukukta Yatırım Kavramı: Antlaşmalar Temelinde Bir Değerlendirme”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Cilt 7, Sayı 28, 2011, s. 125-145.

KAYA, Talat, “Uluslararası Hukuk Bölünüyor mu? Uluslararası

Hukukun Genişlemesi ve Farklılaşmasından Kaynaklanan Zorluklar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 61 (1), 2012, s. 149-173.

KARAKOÇ, İrem, “Uluslararası Hukukta Emredici Kural (Jus Cogens=Peremptory Norms) Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1, 2006, s. 87-122.

MCCORQUODALE, Robert, DIXON, Martin, **Cases and Materials on International Law**, Fourth Edition, Oxford University Press, 2003.

MERAY, Seha L., **Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1977.

MOROĞLU, Erdoğan, “Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, Yıl. 22, Sayı. 2, 2002, s. 413-419.

NELSON, Timothy G., “When The Lights Went Out: The Strange Death and Stranger Afterlife of the Barcelona Traction Case”, **The Paris Journal of International Arbitration**, 2011-4, s. 939-971.

ÖZKÖK, Gülriz, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 51, S. 2, 2002, s. 1-18.

PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

PERGANTIS, Vasileios, “Towards a ‘Humanization’ of Diplomatic Protection?”, **ZaöRV** 66, 2006, s. 351-397.

POLITIS, Nicolas, (Çev. İlhan Lütem), “Devletlerarası Nizamda Ferdin Mevkii”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1946, Cilt: 3, Sayı: 1, s. 199-213.

SHAW, Malcolm N., **International Law**, Fifth Edition, Oxford University Press, 2003.

SLOMANSON, William R., **Fundamental Perspectives on International Law**, Fifth Edition, Thomson Wadsworth, 2007.

TAMS, Christian J., **Enforcing Obligations Erga Omnes In International Law**, Cambridge University Press, New York, 2007.

TAMS, Christian J. / TZANAKOPOULOS, Antonios, “Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development”, **Leiden Journal of International Law**, 23 (4), 2010, s. 781-800.

THIRLWAY, Hugh, “The Sources of International Law”, Editör: Malcolm D. EVANS, **International Law**, First Edition, Oxford University Press, s. 117-144.

TOLUNER, Sevin, **Milletlerarası Hukuk Dersleri Devletin Yetkisi**, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 2613, Hukuk Fakültesi No: 587, İstanbul, 1979.

TOPSOY, Fevzi, “Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasında ‘Hakkaniyet İlkesi’ ve Dağıtıcı Adaletin Sağlanmasındaki Rolü”, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, <http://www.anadolu.edu.tr/sites/default/files/files/17.pdf>, (Erişim Tarihi: 11.02.2015), s. 191-203.

VICUNA, Francisco Orrego, “Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement”, <http://www.arbitration-icca.org/>, (Erişim Tarihi: 11.01.2015), s. 1-31.

YARWOOD, Lisa, **State Accountability Under International Law Holding States Accountable For a Breach of *Jus Cogens* Norms**, Routledge, London and New York, 2012.

ZEMANEK, Karl, “New Trends in the Enforcement of Erga Omnes Obligations”, in. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Ed. Jochen A. Frowein, Rüdiger Wolfrum, Vol. 4, 2000, s. 1-52.

ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR

Charter of The United Nations, 24 October 1945,

<https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.1.2015).

Draft Articles on Diplomatic Protection,

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf, (Erişim Tarihi: 03.07.2015)

Draft Articles on Responsibility of States For Internationally Wrongful Acts, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf, (Erişim Tarihi: 09.07.2015).

Statute of The International Court of Justice, 24 October 1945, <http://www.icj-cij.org/documents/?p1=4&p2=2>, (Erişim Tarihi: 03.07.2015).

Vienna Convention on Consular Relations, 24 April 1963,

<http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/MultilateralConventions/ViennaConventiononConsularRelations.pdf>, (Erişim Tarihi: 13.07.2015).

Vienna Convention on The Law of Treaties, 23 May 1969, No. 18232,

<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>, (Erişim Tarihi: 03.07.2015).

MAHKEME KARARLARI

Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo, (Republic of Guinea v. Democratic Republic Of The Congo), Judgment, ICJ Reports, 30 November 2010, <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/16244.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.07.2015).

Case Concerning Application of The Convention on The Prevention and Punishment of The Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.07.2015).

Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia), Judgment of 30 June 1995, <http://www.icj-cij.org/docket/files/84/6949.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.07.2015).

Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy), Judgment of 20 July 1989, <http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.07.2015).

Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, ICJ Reports 1970, <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.1.2015).

Nottebohm Case, (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase, Judgment of April 6th, 1955, <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>, (Erişim Tarihi: 14.07.2015).

LaGrand Case (Germany v. United States of America), Judgment of 27 June 2001, <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>, (Erişim Tarihi: 13.07.2015).

4483 SAYILI KANUNDA ÖNGÖRÜLEN ÖN İNCELEME GÖREVLİSİNİN YETKİLERİ VE BU ÇERÇEVEDE İZİN SİSTEMİNİN GEREKLİLİĞİ HAKKINDA DEĞERLENDİRME

İlyas ŞAHİN*

ÖZET

Türk Hukukunda, memurların yargılanmaları konusundaki düzenlemelere bakıldığında idari etkinliğin giderek azaldığı bir tabloyu görmek mümkündür. 4483 sayılı Kanun, önceki düzenlemeden farklı olarak kişi, suç ve sistem yönünden değişiklikler getirmiştir. Kişi yönünden kapsam, memurlar ve diğer kamu görevlileri olarak belirlenmiştir. Memur tanımı yönünden idare hukukunun kavramları esas alınmıştır. Mülga Memurin Muhakematı Hakkında Kanun düzenlemesinden farklı olarak yeni durumda suç yönünden de daraltmaya gidilmiştir. Önceki Kanun (MMHK) döneminde hem görevden doğan hem de görev sırasında işlenen suçlar kapsam içerisindeyken, 4483 sayılı Kanun kapsamına sadece görev sırasında işlenen suçlar kapsama alınmıştır.

4483 sayılı Kanun'un getirdiği en önemli yenilik "izin sistemi" olmuştur. 4483 sayılı Kanun daha önce geçerli olan tahkik sistemini terk edip izin sistemini getirmiş olması sebebiyle, izin aşamasında görevlendirilen ön incelemecinin görevlerinde önceki sisteme göre bazı değişiklikler yapılmıştır. "Yetkili merci", "ön inceleme" ve "soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi" bu Kanun'da düzenlenen temel kavramlardır. Ön incelemeci, bu aşamada bazı yetkiler kullanmaktadır. Ancak yapılan değişiklikle ön inceleme görevlisinin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan tüm yetkileri kullanıp kullanamayacağı tartışmalı hale gelmiştir.

Kişi hak ve özgürlüğünün teminatı ile hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesi bakımından bu sürece dair yetkilerin ve bunların hangi koşullarda kullanılması gerektiğine ilişkin çerçeve bu makalenin ana temasıdır. Bu çalışmada, eski ve yeni yasada ön inceleme evrelerine ilişkin temel farklar ve özellikle yeni yasada düzenlenen ön inceleme görevlisinin yetkileri ile bu aşama incelenmiştir. Bu noktada izin sisteminin bir parçası olarak ön incelemenin işleyişini daha iyi anlama ve buna ilişkin kuralların yerinde olup olmadığını gözden geçirme bakımından özel soruşturma usulünün gerekliliği üzerinde de durulmuş, memurlar bakımından ayrı bir soruşturma usulünün gerekli olup olmadığı hususu girişte ele alınmış ve sonuç kısmında da değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: *Ön inceleme, ön inceleme görevlisi, Cumhuriyet savcısı, memur, kamu görevlisi, izin, yetki, soruşturma, koruma tedbiri*

* Dr. Yargıtay 11. Ceza Dairesi Yargıtay Üyesi.

**INVESTIGATIVE POWER OF PRELIMINAR EXAMINER PURSUANT
TO PROSECUTION OF PUBLIC SERVANT IN NO; 4483 CODE AND
EVALUATION OF NECESSITY OF PERMISSION SYSTEM**

ABSTRACT

When we examine the Turkish Law regarding to adjudication of public servant related to their public service misconduct and crimes, there have been a decrease of domination of executive branch. 4483 No. Code has created significant changes comparing to previous codes (Provisional Law on Prosecution of Public Servant-PLPPS) not only from subject of substance and procedure as well. Civil servants and other public service employee are included in the scope of subjective jurisdiction of the code. "Civil servant" is defined in common with administrative law definition. The scope of law from aspect of crime is narrowly defined compare to former law(PLPPS). While PLPPS had regulated crimes committed during public service, and crimes related to public service, 4483 No Code only regulates crimes committed during public service.

One of the significant differences No; 4483 Code has brought is permission system, which requires executive permission in order to initiate criminal investigation against public servant regarding to their public misconduct. "Competent Authority", "Preliminary Examination", and "Criminal Investigation Permission/Denial" are fundamental terms in this system. Preliminary examiner investigates the allegation, and uses some executive and judicial power. However it is very controversial that whether preliminary examiner can have all judicial power stemming from 5271 No Criminal Procedure Law like all public prosecutors have.

The main purpose of the article is to examine and analyze power of preliminary examiner, and present permission procedure from aspect of fundamental rights and freedoms. In this study, the subject is compared previous and current law, illustrated fundamental similarities and differences about preliminary examiner, and permission system as well. In this regards, necessity of permission system is additionally discussed in whole article.

Keywords: *Preliminary examination, preliminary examiner, public prosecutor, public servant, other public employee, permission, investigation, protection measure*

GİRİŞ

4483 sayılı Kanun, kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı ileri sürülen iddia ve şikayetler nedeniyle gereksiz ithamlarla rahatsız edilmemeleri, bir anlamda bu tür şikayetler kullanılarak işlerin

aksatılmaması için idari bir güvence olarak getirildiği kabul edilmiştir. Ceza soruşturması öncesi bir süzgeç mahiyetinde düzenlenmiş olan bu sistemde, soruşturma aşamasına geçebilmek için idari mercilerin soruşturma izni vermesine ihtiyaç bulunmaktadır.

Memur ve kamu görevlilerinin haklarında özel bir soruşturma ve yargılama sisteminin öngörülmesi ceza yargılamasının genel işleyişini çok yakından ilgilendirmektedir. Bir çok olayda soruşturmanın bu prosedürler sebebiyle geciktiği ve bu gecikmeler sebebiyle soruşturmanın etkin yürütülmesine ilişkin ilkeye uyulmadığına yönelik yakınmalar bulunmaktadır.

Ülkemizde uzun süre yürürlükte kalmış bulunan mülga Memurun Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat döneminde sona erdiren 4483 sayılı Kanunla kısmen bu şikayetler azalmış bulunmaktadır. Memurlar hakkında öngörülen güvence sistemleri arasında daha önce tahkik sistemi mevcut iken 4483 sayılı Kanun ile izin sistemi getirilmiş ve bazı hususlarda kapsam yönünden daraltmaya gidilmiştir.

Çalışmada, özel bir soruşturma usulünün gerekli olup olmadığı üzerinde ileri sürülen görüşlere ve tartışmalara değinildikten sonra 4483 sayılı Kanun kapsamında öngörülen ön inceleme aşaması ele alınacaktır. Yeni Kanun uyarınca ön inceleme aşamasının özellikleri, bunun evreleri ve bu aşamada yapılabilecek işlemlerin neler olduğu ile ön inceleme görevlisinin yetkileri inceleme konusu yapılacaktır.

Ceza yargılamasının bir ilkesi olan etkin soruşturma ilkesi yönüyle izin sisteminin yerinde olup olmadığı hususları üzerinde de durmak gerekmiştir. İzin sistemi içinde yer alan ön inceleme aşamasının çoğunlukla soruşturmada sürelerin uzatılmasına yol açan ve iddiaların araştırılmasının yerinde ve zamanında yerine getirilebilmesinin önünde bir engel teşkil eden bir süreç olduğunu daha iyi anlama anlamak bakımından, bu sürecin ayrıntılı incelenmesi gerekir. Bu bakımından izin prosedürü öncesinde yerine getirilen ön incelemenin işleyişini görmek ve buna ilişkin kuralların yerinde olup olmadığını gözden geçirmekte yarar görülmüştür. Çalışmamızda özel soruşturma usulünün bir parçası olan ön inceleme aşamasının mahiyeti, bu arada gerçekleşen işlemler ile ön inceleme görevlisinin yetkileri üzerinde durulacaktır. 4483 sayılı Kanunda öngörülen ön inceleme görevlisine verilen yetkilerin yerindeliği ve bu çerçevede izin sisteminin gerekliliği hakkında yeri geldikçe değerlendirmelere yer verilecektir.

A. MEMUR SORUŞTURMASININ GEREKLİLİĞİ

Memurların yargılanmasında özel kuralların uygulanması, uzun tartışmalara neden olmuştur. Bir bölümü hukuksal yerindelikle ilgili olmakla birlikte genelde anayasal kural ve ilkelere dayanan eleştiri ve tartışmalar, yargı ve bilim çevrelerinde yoğunlaşmıştır.

Memur yargılamasına ilişkin öngörülen güvence sistemleri arasında daha önce tahkik sistemi mevcut iken 4483 sayılı Kanun izin sistemini getirmiştir. Oysa demokrasilerde aslolan herkesin kanun önünde eşit olmasıdır. Kamu görevlilerine yönelik soruşturmalar bakımından özel usuller getirilmesi bu ana kuralın istisnasıdır. Bu istisnanın gerçekten gerekli olan bir “güvence” mi, yoksa gereksiz bir “ayrıcalık” mı olduğu tartışılmıştır¹. Böylesine geniş kapsamlı bir düzenlemenin bir ayrıcalık olduğu ileri sürülerek eleştirilmektedir².

Bu görüşü savunanlara göre, memurlar ve kamu görevlileri bakımından özel bir usul öngörülerek bunlar hakkında soruşturmayı yapan kamu görevlilerinin ve itiraz halinde devreye giren idare mahkemeleri dışındaki karar mercilerinin bağımsız olmadıkları, çalışmalarının yönetsel kabul edilerek yargı denetimine bağlı tutulması gerektiği, ceza uyuşmazlıklarının yönetsel bir sistem içinde karara bağlanmasının kuvvetler ayrılığı ve farklı yargı kurumları ilkesine dayanan Anayasa sistemine aykırı bulunduğu, oysa yapılan soruşturmaların gerçekte bir yargısal faaliyet olduğu ve dolayısıyla yönetim makamlarına verilmemesi gerektiği, vatandaşın yapılan soruşturmalara ve alınan kararlara güven duymadığı, soruşturmanın yargıç güvencesi olmayan kişilerce yapıldığı, bu yüzden memurlar için özel ve farklı bir soruşturma

¹ Bu konudaki tartışmalar için bkz., AYM Kararları, 27.2.1992 tarih ve 1991/26 E- 1992/11 K. sayılı kararı, R.G. Tarih-Sayı : 23.11.1992-21414; 5.5.1992 tarih ve 1992/27 E. , 1992/31 K. R.G. Tarih-Sayı : 12.03.1993-21522; 04.03.1993 tarih ve 91/29 E. ve 91/42 K. sayılı kararları.; SELÇUK, Sami, Memur Yargılaması Hakkında, TÜSIAD Yayınları, Ocak 1997, s. 127-152

² MUMCU, Uğur: “Türk Hukukunda Memurların Yargılanması”, AÜHFD, C.23, S.1-4, 1971, s.181; ZAFER, Hamide; “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatın Son Değişiklikler Işığında Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C.72, S.2, 1998, s.228; ÖZTÜRK, Bahri; “Memurların Özel Bir Muhakeme Usulüne Tabi Olmasının Sakıncaları ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.1, S.1, 1978, s.62; KUNTER, Nurullah; “Memurin Muhakematı Kanunu ve Tenkidi”, Siyasi İlimler Mecmuası, S.282, 1954, s.191; ÖZEK, Çetin; “Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi”, İÜHFM, C.XXVI, S.1-4, 1960, s. 81; SELÇUK, Sami; “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat’ın Değerlendirilmesi”, Prof.Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, No:716, İstanbul, 1998, s.300-301.

sisteminin getirilmesinin Anayasa'nın eşitlik ilkesi ve yargı birliği ilkesine aykırılık oluşturduğu kabul edilmektedir³.

Kamu görevlilerinin özel bir soruşturma usulüne tabi kılınmasının, çoğunlukla kamu hizmetinin devamını sağlamak ve idarenin otorite ve kudretinin sarsılmasını önlemek amacıyla benimsendiği anlaşılmaktadır. Ne var ki, bugün çoğu ülkelerde, artık kamu görevlilerinin soruşturulması ve yargılanması bakımından özel hükümlere yer verilmemektedir⁴.

Diğer taraftan, memurlara özgü bir yargılama sisteminin gerekli olduğunu savunanlara göre⁵, devlet erkinin sağlıklı işleyişi açısından o alanda görev yapan memurların olur olmaz şikâyetlerle çalışamaz hale getirilmesinin önüne geçilmesi ve gerektiğinde idarece kendi içinde denetime tabi tutulup şikâyetlerin değerlendirilmesi zaruridir⁶. Kamu görevlileri yürüttükleri görev

³ ÖZTÜRK, s. 56 vd.; Eleştiriler konusunda özet bilgi için bkz., BAŞEL, Ebubekir, Memurlara Özgü Yargılama Sistemi ve Gerekliliği, HUKAB Dergisi, Nisan-Haziran 2013, Sayı: 5, s. 46, (<http://www.hukabdergi.com/p2117/>, erişim 13 06 2015).; EREN, Abdurrahman, “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat ile Onu Yürürlükten Kaldıran Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun”un Karşılaştırılması”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C.55-3, s. 58-59; GÖKCAN, Hasan Tahsin-ARTUÇ, Mustafa, Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 214-215; Ayrıca memur soruşturulmaları bakımından ayrı bir usul getirilmesinin gerekçeleri için bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme” Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, Sa.1-2 (Haziran-2003) s.106 vd. Yine ayrı bir soruşturma usulü getirilmesine yönelik eleştiriler için bkz. ÇAĞLAYAN, s.109 vd; LİVANELİOĞLU, Ömer Asım, “ Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Eleştirisi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 57, (2000) S.2, s. 33-43

⁴ ÖZEK, s. 34.

⁵ Memurlara özgü bir yargılama sisteminin gerekli olduğunu savunanların gerekçeleri için bkz. ERDOĞDU, Ahmet; “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunun Kaldırılması Özleminde Olanlar”, İdare Dergisi, S.281, 1963, s.61; KAYRA, Macit; “Memurlar Ayrı Muhakeme Usulüne Tabi Olmalı mıdır?”, Siyasi İlimler Mecmuası, S.232, 1950, s.138,139; LİVANELİOĞLU, Ömer Asım; “Ceza Usul Hukukumuzda Memur Yargılamaları”, Ankara Barosu Dergisi, S.1,1995, s.43,44; ARAL, Kemal; “Memurların Vazifelerinden Doğan Suçlarından Dolayı Kovuşturma ve Yargılanmaları”, İdare Dergisi, S.194, 1948, s.106; KEYMAN, Selahattin; “Memurin Muhakematı Kanunu”, AÜHFĐ, C.19, S.1-4, 1962, s.176; ORHUN, Hayri; “Türkiye’de Memurların Hukuki Rejimi”, İstanbul, 1946, s.141; KIRMIZIGÜL, Hüsamettin; “Uygulamada ve Teoride Memurlar Hakkında Tahkikat ve Muhakeme Usulü”, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1995, s.185, 186; BEŞE, Hakkı Kamil; “Memurlar Hakkında Muhakeme Usulleri”, Ankara, 1943, s.8; KARAVAZİOĞLU, Türker, 4483 Sayılı Kanun’un Öngördüğü Soruşturma Usulleri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s.11; AVCİ, Mustafa, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme”, AÜEHFD, C. XI, Sa.3-4, (2007), s. 274 vd.

⁶ Bu görüş sahipleri; memurların gelişmiş güzel basit şikâyet ve ihbarlarla, olur olmaz

nedeniyle pek çok kişi ile ilişki içine girmekte, onların hak ve menfaatine aykırı işlem ya da eylem yapabilmektedirler. Bu durum kişilerin husumetine neden olabilir ve memuru korkutmak, yıldırım gibi asılsız gerekçelerle mahkeme önüne çıkarılmasına yol açabilir. Bunları önlemek için memurların soruşturulmasında özel yöntemler gerekmiştir⁷.

Gerçekten, izin sisteminin bulunmaması durumunda kamu hizmetlerinin devamlı ve sürekli bir şekilde sunulması mümkün olmayabilir. Aynı zamanda, memurların da mesnetsiz iftiralar ile karşılaşma ihtimalini artırarak hem kamu otoritesini sarsabilir, hem de kamu görevlisi açısından sakınca doğurabilir⁸. Nitekim AYM, bu görüşü benimseyerek memurlara özgü yargılama usulünün varlığını Anayasaya aykırı görmemiştir⁹.

bir biçimde yargı önüne çıkarılmasının idarenin otoritesini ve saygınlığını zedeleyeceğini, Memurun eyleminin suç olup olmadığının tespitinin bir uzmanlığı gerektirdiğini, bu bakımdan, memur hakkındaki iddiaların öncelikle kamu görevinin gereklerini, kurallarını ve memurluk psikolojisini iyi bilen kimselerin süzgecinden geçirilmesi gerektiğini, Ülkemizin sosyolojik durumu gereğince ihbar ve şikâyetin adeta meziyet sayıldığı, böyle bir ortamda sık sık ve yersiz şikâyetlerle yargı önüne çıkarılacağı korkusunu yaşayan memurun kendisine karşı güvensiz, çekingen ve kararsız olacağını ve bu korkunun sorumluluk almaktan kaçınmasına yol açacağını, onun için memurlara özgü yargılama usulünün memur için güvence olduğunu, aksi takdirde memurun kendisinin korunmadığı korkusuyla işten kaçacağını veya zamanının büyük bir kısmını mahkemelerde geçireceğinden hizmetin aksayacağını, adli ve idari makamların kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir sonucu olarak birbirinin etkisi altında kalmalarının ve adliye karşısında idarenin bağımsızlığını korunmasının gerektiğini, hâkimler için özel bir yargılama usulü getirilirken hâkimler gibi kamu görevi gören memurlar için aynı türden bir usulün getirilmesinin Anayasa'nın eşitlik ilkesine ve adalete aykırı düşeceği şeklinde gerekçelerle bu sistemin devamının yararlı olduğu kanaatini belirtmektedirler. Bkz., BAŞEL, s.46; "Lehteki görüşleri savunanlar daha çok mülki idare amirleri ile idarede görev almış kişilerdir." Bkz., SELÇUK, Memur Yargılaması Hakkında, s.127.; GÖKCAN-ARTUÇ, s. 213-214

⁷ GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, b. 10, İmaj Yayınevi, Ankara 2013, s. 619

⁸ GÜNDAY, s. 619 ; Bu yönde özet görüşler için bkz., GÖKCAN-ARTUÇ, s. 213-214

⁹ Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin kararlarında şu anki koruma sisteminin devam etmesi yönünde görüş belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarında ifade edilen gerekçelere göre, bu kovuşturma yöntemi, Yasa'nın kamu görevlilerine görev ve sorumlulukları nedeniyle sağladığı bir tür güvencedir. Bu da kamu hizmetinin iyi işlemesi için düşünülmüş ve düzenlenmiştir. Kamu görevlileri, gördükleri hizmet nedeniyle sık sık baskı altında tutulabileceği gibi suçlama ve karalamalara da uğrayabilirler. Kendisine görevle ilgili üzerine suç atılan bir memurun doğrudan adli yargıya sevk edilmesi, memurları tedirgin ederek hizmeti aksatacağı gibi hizmetin yürütülüşü üzerinde kimi haksız kuşkuyla yol açabilir. Bu tür savların önce kamu hizmeti ile kamu görevinin gereklerini ve yükümlülüklerini bilen kimselerin süzgecinden geçirilmesi ve ortada kovuşturmaya değer bir eylem görüldüğünde o zaman yargı yerlerine götürülmesi kamu yararına bir önlem olarak görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin ilgili kararları: 27.2.1992, 1991/26 E- 1992/11 K, R.G. 23.11.1992-21414; 5.5.1992, 1992/27 E. 1992/31 K. R.G. 12.03.1993-21522; 04.03.1993, 91/29 E. ve 91/42 K. (Benzer ifadeler için bkz., <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c017/b022/tbmm210170220135.pdf>, erişim 27 Temmuz 2015)

Danıştay da, kamu görevlilerinin özel yargılama usulüne tabi tutulmasına karşı yapılan yoğun itirazlar nedeniyle açıkladığı görüşünde; “Memurların görevlerinden doğan ya da görevleri sırasında işledikleri ileri sürülen suçlarda, özel soruşturma yöntemine tabi tutulmalarının, görevlerinin yerine getirilmesinde her türlü korku ve endişeden uzak tutulmaları yoluyla kamu hizmetlerinin düzenli ve gerektiği biçimde yürütülmesini sağladığı, bu sonucun sağlanmasının memurun şahsı için değil memuriyet görevinin teminatı için olduğu, bu tür bir güvence ihtiyacının, kamu hizmetlerinin birtakım özel ilkelere ve yöntemlere bağlanmış olmasından kaynaklandığı dolayısıyla, memurların özel yargılama usulüne tabi tutulmasının eşitlik ilkesine aykırı olmadığını” ifade etmiştir¹⁰.

Kanaatimizce, bu tartışma anayasal ilkelerle yakından ilgilidir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi, demokrasilerde denge ve denetleme sisteminin temel aracıdır. Yasama, yürütme ve yargı erkleri arasındaki güç dengesinin sağlanması ve iktidarın gücünün dengelenmesi ve denetlenebilmesi için yargının yasama ve yürütmeden bağımsız yapılması ana kuraldır.

Memurlara özgü yargılama usulünün varlığını savunmak, yürütmeyi kayırcı nitelikte ve onu denetleme dışı bırakma eğiliminin sonucudur. Yürütmeye egemen olan siyasal gücün hiçbir zaman memur yargılamasındaki bu avantajı bırakmak istememesi de doğaldır. Çünkü yürütme her zaman kamu gücünü kullanarak bağımsız bir etki alanı oluşturma eğilimindedir. Diğer bir üzerinde durulacak nokta ise, özel yargılama usulü ile hakkında soruşturma yapabilmek için izin istenen görevlilerin genellikle görev suçu işlemiş olan kişiler olmasıdır¹¹. Bu tür soruşturmalarda görevleri sebebiyle işlemiş oldukları suçları nedeniyle kendilerine ayrıcalıklı bir koruma sistemi sağlanan kişilerin¹² korunaklı hale gelmesi savunulacak bir durum değildir.

¹⁰ MMHK Hakkında Danıştay’ın Görüşü; “Danıştay Dergisi”, S. 48-49, 1983, s.3-8., KARA-VAİZOĞLU, s. 14

¹¹ Görev suçu ayrımı için bkz., YCGK 17.02.2004 tarih ve 2004/2-10-40; YCGK 15.03.2005 tarih ve YYB-31, 2005/28 sayılı kararlar.

¹² MMHK döneminde o Kanuna yapılan eleştiriler nedeniyle, 4483 sayılı Kanun düzenlenirken kapsama alınansuçlar bakımından daraltma yoluna gidilmiştir. Önceki Kanunda, görev sebebiyle işlenen suçlar yanında görev sırasında işlenen suçlar da kapsamda iken, yeni Kanunda görev sırasında işlenen suçlar kapsama alınmamıştır. Görev sırasında işlenen suç kavramı ile görevle veya görevin yapılmasıyla ilgisi bulunmayan, görevin yapıldığı sırada işlenen suçlar ifade edilmektedir. Yargıtay, kamu görevlisinin görev sırasında işlediği, görevin yapılış biçimine ilişkin dahi olsa, hakaret, tehdit, yaralama veya öldürme suçlarının görev sebebiyle değil, görev sırasında işleneceğini kabul etmiştir. Bkz., ZAFER, Hamide, “4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C.74, Sa. 4, s. 995; GÖKCAN-ARTUÇ, s. 224

Zira, kamu görevlilerine güvence sağlanması adaletsiz sonuçlara yol açmakta, etkili soruşturma yapılmasını engellemekte, onları suç şüphesi altında olan diğer kimselere karşı ayrıcalıklı bir konuma getirmektedir¹³.

¹³ Bayram Oteli kararı; cezasızlık konusunda Anayasa Mahkemesi'nin AİHS ve AİHM içtihatlarını ulusal hukukta tüm yargı ve yürütme organları açısından bağlayıcı olduğunu göstermesi, üstelik bu niteliğin AİHM'in sadece Türkiye'ye ilişkin kararlarından değil, içtihadının bütününden çıkarılması nedeniyle öncü bir karar niteliği taşımaktadır. ALTIPARMAK, Kerem, "Van Depreminin Hukuktaki Artçıları, Anayasa Mahkemesi'nin Bayram Oteli Kararı", TESEV Yayınları, <http://www.tesev.org.tr/assets/publications/file/15012014105617.pdf>, erişim 28.07.2015, s.1-10; 9 Kasım 2011'de gerçekleşen ikinci Van depreminde Bayram Oteli yıkılmış ve 24 kişi yaşamını yitirmiştir. Van Cumhuriyet Başsavcılığı, Ekim 2011'de gerçekleşen ilk depremin ardından gerekli önlemlerin alınmaması olması gerekçesiyle soruşturma başlatmıştır. Soruşturmanın bilirkişi raporu binada hasar tespiti yapmayan ilgili birimleri kusurlu bulmuş, ancak Van Ağır Ceza Mahkemesi, Van Valisi ile Afet ve Acil İşler Daire Başkanlığı (AFAD) görevlileri hakkında görevsizlik kararı vermiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı da bu kamu görevlileri hakkında kendisine gelen soruşturma dosyasındaki iddiaları dikkate almamıştır. Bunun üzerine, Bayram Oteli'de hayatını kaybeden Selman Kerimoğlu'nun eşi ve çocukları Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Anılan Kararın, yaşam hakkı ihlallerinde devletin cezai soruşturma yükümlülüğünü belirlediği, bir başka deyişle olaya uygulanacak kuralın içeriğini saptadığı 53-62. paragrafları tamamen AİHM içtihadından derlenmiştir. Van Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen ceza soruşturması sonucunda otel işletmecisi hakkında bilinçli taksirle birden fazla kişinin ölümüne neden olma suçundan Van Ağır Ceza Mahkemesi'nde dava açılmıştır. Vali ve AFAD yetkilileri açısından ise 4483 sayılı Yasanın 3. ve 12. maddeleri uyarınca görevsizlik kararı verilmiş ve dosya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na yollanmıştır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı da Van Valisi ve AFAD yetkilileri açısından görevi kötüye kullanmaya ilişkin iddiaların somut bilgi ve belgelere dayanmadığı, ilgililer açısından ön inceleme yapılmasını gerektirecek bir durumun bulunmadığı gerekçesiyle şikâyetin işleme konulmamasına karar vermiştir. İşleme koymama kararına karşı bir itiraz yolu öngörülmediği gerekçesiyle Danıştay 1. Dairesi başvuruçunun itirazını incelemeksizin reddetmiştir. Başvuruda görüş sunan Adalet Bakanlığı, halen idare aleyhine açılan maddi ve manevi tazminat davalarının devam ettiğini hatırlatarak başvuru yollarının tüketilmediğini ileri sürmüştür. Başvurucu ise devletin etkili ve önleyici ceza sistemi kurma yükümlülüğünü hatırlatarak, tazminatın yeterli olmadığını, ceza sorumluluğu açısından da Vali ve AFAD yetkilileri açısından bir şey yapılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, başvuruçuların cezasızlık iddialarını AİHM içtihadını esas alarak çözümlenmiştir. AİHM Anayasa'nın 17. maddesinde korunan yaşam hakkının iki farklı yükümlülük doğurduğunu belirtmektedir: Esas ve usul ödevleri. Yaşam hakkının esasa ilişkin yönü, bir yandan devlete negatif olarak öldürmeme ödevi yüklerken öte yandan yetkisi altında bulunan kişilerin kamusal makamlar, diğer bireyler ve kendisinden kaynaklanabilecek risklere karşı korunması konusunda devlete pozitif bir ödev yükler. Bu ödev, önleme ödevidir. Yaşam hakkının usuli yönü ise yaşam hakkının ihlal edilmesi halinde gerçekleştirilmesi gereken davranışı düzenlemektedir. Yaşam hakkı ihlallerinin cezalandırılması yükümlülüğü, usuli ödevin bir sonucudur. Bu ödevin layığıyla yerine getirilmemesi de cezasızlık denen olguya vücut vermektedir. Anayasa Mahkemesi, AİHM içtihadını izleyerek yaşam hakkı ihlallerinde gündeme gelen cezalandırma ödevlerini üç farklı seviyede değerlendirmektedir: kural-istisna-istisnadan istisnası. Kural: Ceza Hukukunu İşletme Yükümlülüğü, İstisna: İhmal Nedeniyle Meydana Gelen Ölümler, İstisnadan İstisnası ise doğal afetler söz konusu olduğunda, bu ödevin amacı, kamu görevlilerinin afetin yol açtığı riskleri öngörmesine rağmen gerekli

İhbar veya şikâyetlerden dolayı izin vermeye yetkili merciyeye gönderilen evraka ilişkin anılan Kanun'un 7. maddesi gereğince, yetkili mercinin soruşturma izni vermesi ya da vermemesi yönündeki kararını inceleme süresi dâhil 30 gün içerisinde sonuçlandırması gerektiği ve bu sürenin zorunlu hâllerde 15 günü geçmemek üzere bir defa uzatılabileceği düzenlenmiştir. Ne varki, uygulamada düzenleyici nitelikte olan bu sürelerin aşıldığı, soruşturmanın geciktirildiği görülmektedir. Bunun yanında belirtilen sürelerin makulün üzerinde aşılması durumunda da, evrakın sürüncemede bırakılmaması bakımından Cumhuriyet savcılarının itiraz haklarını kullanmadıkları, evrakın neticesini araştırmadıkları görülmektedir¹⁴.

Öte yandan, soruşturma süreci ceza yargılamasının maddi gerçeği ortaya çıkarması adına en önemli faaliyeti olup, bu süreç içerisinde delil ve bulguların ivedi bir şekilde toplanıp korunması, delillerin karartılmaması için gerekli önlemlerin alınması, bu işlemin CMK'nın öngördüğü çerçevede yapılarak delillerin hukuka uygun bir şekilde toplanması gerekmektedir. Oysa 4483 sayılı Kanun'un 5. maddesi gereğince ön inceleme görevlisi olarak atanmış, genel olarak hukuk eğitimi almamış, maddi ceza hukukuna uygun olarak suç nitelmesini bilmeyen, yönetim hiyerarşisi içerisinde yer alan ita amirlerine bağımlı ve etkiye açık kimselerdir. Bu koşullarda olan ön inceleme görevlisinin, bu evrede isnat edilen suçla ilişkin delilleri tam bir bağımsızlık ve tarafsızlık içinde etkili soruşturma ilkeleri bağlamında usulüne uygun olarak toplayıp ortaya koymasını düşünmek kanaatimizce mümkün değildir.

Hal böyle olunca kurulması istenen güvence sistemi bir nevi bu kişiler bakımından ayrıcalık sağlamak anlamına gelebilmektedir. Çünkü normal

önlemleri almayarak ölüme sebebiyet verip vermediklerinin soruşturulmasıdır. Devlet bu soruşturmayı yapmadan sadece mağdurlara tazminat ödeyerek sorumluluktan kurtulamaz. Bir başka deyişle, cezasızlık nedeniyle oluşan mağduriyetin mağdurlara tazminat ödenerek giderilmesi mümkün değildir. Bayram Otel Davasının ilginç noktalarından biri ihlalin sebebinin uygulamadan çok bir kanun hükmünden kaynaklanmasıdır. 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin son fıkrası belirli nitelikleri taşımayan ihbar ve şikâyetlerin Cumhuriyet başsavcılığı ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmayacağını belirtmekte, bu karara karşı da bir itiraz yolu öngörmemektedir. Bu hüküm Anayasa Mahkemesi'ne göre etkili soruşturmayı imkânsız kılmaktadır. Bayram Otel kararı da yapısal bir sorunda ihlal tespiti niteliği taşıdığından, benzeri ihlallere engel olacak önlemlerin alınmasını gerektiren bir yarı pilot karar şeklinde okunması gerekmektedir. Burada asli görev yasama organına düşmektedir. 4483 sayılı Kanun'un 4. maddesi cezasızlığa yol açtığı ve etkili bir itiraz yoluna imkân tanımadığı için kaldırılmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz., ALTIPARMAK, s. 1-10.

¹⁴ HSYK'nın "Soruşturma usul ve esasları" konulu mülga 18/10/2011 tarihli ve (10) No'lu Genelgesi

vatandaş için benzer bir suç bakımından gündeme gelen şüphe üzerine hemen soruşturma başlatılırken, çoğu zaman aynı suçun ortakları olan kamu görevlileri hakkında izin sistemi sebebiyle soruşturma başlatılamamakta ya da çok geç başlatılmaktadır.

Oysa Cumhuriyet savcısı tarafından kamu görevlisinin beyanının alınması kamu görevlisinin lehinedir, görevi gereği şüphelinin lehine delilleri de toplamak olan bu işin eğitimini almış savcılar ilgili kamu görevlisi lehine toplanmasını istediği delilleri de toplayarak mesnetsiz iddiaların sürüncemede kalması ve soruşturmaların gecikmesi önlenerek, kamu görevlilerinin idare tarafından korunduğu algısı da bertaraf edilebilecektir.

Bu arada çok basit iddialarla kamu görevlilerinin rahatsız edilmemesi gerektiği söylenebilir. Bu noktadan hareket edildiğinde, kamu adına hareket eden savcıların iddiaları yerinde ayıklayamayıp çok basit şikâyetlerle ciddi soruşturma gerektiren durumları birbirinden ayıramayacağı gibi bir sonuca ulaşılmaktadır. Bu durumda, memurlar için duyduğumuz kaygıyı normal vatandaş için duymadığımız sonucu çıkmaktadır. Savcıların, ciddi soruşturma gerektiren durumlar ile basit şikâyetleri dahi ayıramayan kişiler oldukları gibi bir varsayıma gidilmektedir. Böyle oldukları varsayılan savcılara karşı kamu görevlileri korunurken, vatandaşların rahatlıkla teslim edilebileceği gibi trajik bir durum ortaya çıkmaktadır. O halde vatandaşın da hukuk güvenliğini sağlamak için ya mevcut savcıların tamamen değiştirilmesi ya da soruşturma yapma sisteminin değiştirilmesi gerekmektedir.

Bu genel değerlendirmelerin ışığı altında, memurlar için öngörülen özel soruşturma ve izin sistemi açısından önemli bir aşama olan ön inceleme aşamasının süreci uzatan ve çok fazla detaylar içeren bir süreç olduğu kabul edilmelidir. Genelde memurlar için öngörülen özel soruşturma usulünün, özeldense bu sistemde yer alan ön inceleme aşamasının ceza soruşturmalarında süreci uzatan ve etkili soruşturma yürütme ilkesine ters düşen nitelikte olduğu kanaatindeyiz.

B. ÖN İNCELEME VE AŞAMALARI

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun gereğince izne tabi soruşturmalarda idarenin soruşturma izni verip vermeme hususunda yürüttüğü işlemler ön inceleme olarak adlandırılmaktadır. Diğer bir ifadeyle idare soruşturmaya gerek olup olmadığını tespit etmek amacıyla ön incelemede bulunmaktadır.

4483 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre, kamu görevlileri tarafından görev sebebiyle işlenen bir suç olduğunu öğrenen soruşturma izni vermeye yetkili merci, olayın araştırılması için bir ön inceleme yaptıracaktır. Maddenin birinci fıkrasına göre, izin vermeye yetkili merci bir memurun veya kamu görevlisinin bir suç işlediğini bizzat veya 4. maddede belirtildiği şekilde öğrendiğinde bir ön inceleme başlatır (m.5/1).

Ön inceleme, bu görevi vermeye yetkili merci tarafından bizzat yapılabilir¹⁵. Bunun yanında kendisi yapmayı görevlendireceği bir veya birkaç denetim elemanı veya hakkında inceleme yapılanın üstü konumundaki kamu görevlilerinden biri veya birkaçı eliyle de yaptırılabilir (m.5/3). Ön inceleme yapacakların, ilke olarak izin vermeye yetkili merciin bulunduğu kamu kurum ve kuruluşunun içerisinden belirlenmesi esastır. Ne var ki, işin özelliği gerektirmesi durumunda ilgili merci, ön incelemenin başka bir kamu kurum veya kuruluşunun elemanlarıyla yaptırılmasını da ilgili kuruluştan isteyebilir. Bu isteğin yerine getirilmesi ise talepte bulunulan ilgili kuruluşun takdirine bağlıdır (m.5/3). Ancak yargı mensupları ile yargı kuruluşlarında çalışanlar ve askerler başka mercilerin incelemelerinde görevlendirilemezler (m.5/4). Ön inceleme ile görevlendirilen kişiler birden fazla ise içlerinden biri başkan olarak belirlenir (m.5/5).

1. Suçun Öğrenilmesi, İhbar veya Şikâyetin Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

İhbar; bir suçla ilgili kendisine bilgi gelen kişinin bu durumu yetkili mercilere iletmesidir. İhbar veya şikâyetin nasıl yapılacağına ilişkin usul CMK'nın 158. maddesinin beşinci fıkrasında gösterilmiştir. Buna göre, ihbarlar sözlü veya yazılı olabilir. Sözlü yapılmışsa ihbarı alan görevli tarafından hemen tutanağa bağlanır. İhbarı alan bir merci hemen, ilgisine göre yetkili idare veya adli mercilere iletmesi gerekir. Şikâyet ise, suçtan zarar gören kimse tarafından yapılan böyle bir suç işlendiğini bildirerek suçu işleyen kişinin cezalandırılması isteğinden ibaret bir başvurudur. Şikâyet de aynı şekilde yazı ile yapılabileceği gibi sözlü olarak da ifade edilebilir. Sözlü olması halinde, başvuru mercii tarafından bir tutanağa bağlanması gerekir.

¹⁵ MMHK döneminde hiçbir mülki amirin bu yetkisini bizzat kullanmamış olması dikkat çekici bir durumdur. Bundan sonra da yetkili mercilerin bu yetkileri bizzat kullanmaları beklenmemelidir. MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı-Gerekçeli Memur Yargılaması, Adil Basımevi, Ankara, 2000, s. 82.

4483 sayılı Kanun'un 4. maddesi, kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlarını yetkili mercilerden önce öğrenen Cumhuriyet başsavcılarını ile diğer makam ve memurların hangi yollarını izleyecekleri, ihbar ve şikâyetlerin içeriğinin nasıl olması gerektiğini ve araştırmaya değer bulunmayan ihbar ve şikâyetler hakkında yapılması gereken hususları düzenlemiştir. Buna göre, bir kamu görevlisinin görev sebebiyle suç işlemesi halinde, konu soruşturma izni vermeye yetkili mercie üç şekilde iletilebilir: a) Olayın doğrudan yetkili merci tarafından öğrenilmesi. b) Olayın Cumhuriyet Başsavcısı tarafından öğrenilmesi ve yetkili mercie iletilmesi, c) Olayın diğer makam ve memurlarla kamu görevlileri tarafından öğrenilmesi ve yetkili mercie iletilmesi.

1.2. Doğrudan Yetkili Mercii Tarafından Öğrenilmesi

Yetkili mercii, kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği suçu bizzat öğrenmiş olabilir. Olayın yetkili mercii tarafından öğrenilmesi durumunda, yetkili merciiin soruşturmaya başlayıp bitirmesi için öngörülen süre başlamış olur. Suçun soruşturma izni vermeye yetkili mercii tarafından öğrenilmesinin önemi, izin verme süresinin başlaması bakımından kendini gösterir. İzin verme süresi Kanununun 7. maddesine göre yetkili merciiin olayı öğrenmesi ile başlamaktadır¹⁶.

Yetkili mercii, bu suç isnadını bizzat öğrenmişse, onun öğrenmesine sebep olan olayın kendisine geldiği, Cumhuriyet savcısının başvurusu ile öğrenmişse evrakın kendisine gönderildiği tarih, öğrenme tarihidir. Diğer makam veya mercii ile kişilerin iletildiği durumlarda ise, bu iletme tarihi, öğrenme tarihi olarak kabul edilir¹⁷. Ancak bu durumun CMK 158/4. maddesindeki sürenin başlayacağı tarihi de etkilediği yönünde görüşler mevcuttur. 158/4. maddeye göre olayın Cumhuriyet savcılığına iletilmesi zorunlu olduğundan, izin verme süresi de Cumhuriyet savcılığı tarafından iznin istendiği yazının tebliği tarihinde başlayacaktır¹⁸.

CMK 158/4. maddedeki düzenlemenin “*kamu kurum ve kuruluşlarına yapılan ihbar ve şikâyetlerin takipsiz kalmaması için Cumhuriyet Başsavcılığına intikalini sağlaması*” amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır.

¹⁶ ÇETİN Erol, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, Eda Matbaacılık, Ankara 2000, s. 458

¹⁷ GÖKCAN-ARTUÇ, s.257; TBMM Tutanak Dergisi, 2. Dönem, Cilt:17, s.85. Aynı yönde bkz. ÇETİN, s. 456-457

¹⁸ GÖKCAN- ARTUÇ, s. 258

Savcı, suç soruşturmasının asıl sevk ve idarecisidir. Bunun için izin vermeye yetkili mercinin de benzer şekilde kendisine bir suç ihbarı geldiğinde bu konuda izin verip vermemeye yönelik araştırma için çalışmaya başlamakla birlikte, durumdan savcüyü haberdar etmesi 5271 sayılı yeni CMK'nın amaç ve ruhuna da uygundur.

1.3. Cumhuriyet Başsavcısı Tarafından Öğrenilmesi ve İdari Mercilere İletilmesi

4483 sayılı Kanun'un 4/1. maddesine göre, "*Cumhuriyet başsavcıları, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu Yasa kapsamına giren suçlarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayarak ve hakkında ihbar veya şikâyette bulunulan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesine başvurmaksızın evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni isterler.*"

Kanunda dikkat çeken husus, soruşturma yetkisinin Cumhuriyet başsavcılığı makamına değil, başsavcının kendisine verilmiş olmasıdır. YURTCAN'a göre, ceza yargılamasının temel sistematiği içinde savcılıklar makam itibarı ile hizmet veren kurumlar olduğundan burada yetkinin başsavcılık makamına verilmesi daha uygun olurdu. Zira başsavcı herhangi bir nedenle görev başında değilse veya başsavcılık makamına bir atama yapılmamış olması ya da başka bir sebeple boş bulunmakta ise soruşturma gecikmeye maruz kalacaktır¹⁹.

4483 sayılı Kanun'un 12. maddesinde, bu Yasa kapsamındaki memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında hazırlık soruşturması yapacak Cumhuriyet başsavcılıkları belirtilmiş bulunmaktadır. İlgili kamu görevlisi hakkında 12. madde uyarınca soruşturma yetkisi verilmiş olan Cumhuriyet savcısı yetkili merciden soruşturma iznini talep eder. Savcının izin talebinde bulunması için, işlenen suçun özelliğine ve hakkında soruşturma yapılacak görevlinin vasfına göre, izin aşamasından sonraki ceza soruşturması süreci bakımından, kendi görevi kapsamında olan bir husus olmalıdır. Bu yönlerden görevi kapsamında kalmıyorsa, 4483 sayılı Kanun'un 12. maddesine göre kamu görevlisi hakkında yetkili merciden soruşturma izni istemesi düşünülemez. Aynı şekilde, savcının soruşturma yapmaya coğrafi yer olarak da yetkili olması gerekir. Bu nedenle,

¹⁹ YURTCAN, Erdener, "Ülkemizde Memur Yargılaması Kuralları", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000, s. 374

ihbar veya şikâyeti alan Cumhuriyet Savcısı olayın kendisinin görevli olmadığını, ya da yer bakımından yetkili olmadığını saptaması halinde, yani başka bir başsavcılığın yetkili olduğu kanısına varırsa, evrakı yetkili yerdeki izin vermeye yetkili mercie değil, yetkisizlik kararıyla ilgili yetkili savcılığa göndermesi gerekir²⁰.

Bir ihbar veya şikâyeti alan savcı, öncelikle suç isnat edilen kişinin, 4483 sayılı Kanun kapsamına giren kamu görevlisi olup olmadığına bakar. Kişinin yaptığı işi, çalıştığı kurumun kuruluş yasasını inceleyip yargı kararlarıyla birlikte değerlendirerek, şüpheli hakkındaki soruşturmanın genel hükümlere göre ya da özel soruşturma usulüne göre yapılacağına değerlendirir²¹.

Hakkında bir ihbar veya şikâyet bulunan kişinin kamu görevlisi olması durumunda bu kez atılı suçun 4483 sayılı Kanun'un 2. maddesinde belirlenen görev sebebiyle işlenen suçlardan olup olmadığına bakılır. Eğer suçun 4483 sayılı Kanun kapsamına girmediği kanısına varılırsa, soruşturma genel hükümlere göre yapılır²².

Öte yandan, 4483 sayılı Kanun'un 2. maddesinde aynı zamanda bu Kanun kapsamına girmeyecek istisnai haller düzenlenmiştir. Buna göre, kanunlarda yer alan özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olan kişiler ve suçlar, disiplin hükümleri, ağır cezayı gerektiren suçüstü hali, TCK'da düzenlenen işkence, neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence ve zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçları ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 161. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen adli görevlerden doğan suçlarda 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaz. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 161. maddesinin 8. fıkrasında da Türk Ceza Kanununun 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316 ncı maddelerinde düzenlenen suçlar, görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılacaktır²³. Ayrıca 3628 sayılı Yasa da bazı suçlar bakımından istisna öngörülmüş ve izin prosedürü kaldırılmıştır²⁴.

²⁰ GÖKCAN- ARTUÇ, s. 254

²¹ GÖKCAN- ARTUÇ, s. 254

²² GÖKCAN- ARTUÇ, s. 254

²³ Ancak Kanuna göre, 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 26 ncı maddesi hükmü saklıdır.

²⁴ 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununa göre, bu Kanunda sayılan suçlar bakımından bir iddia gündeme geldiğinde, bu suçlar görev nedeniyle de olsa izin gerekmeyp doğrudan savcılıklarca soruşturma yapılacaktır. Bunlar, mal bildirim suçları, rüşvet, ihtilas, irtikap, zimmete para geçirmek, görev esnasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale veya alım-satıma fesat karıştırmak, devlet sırlarının

Cumhuriyet savcısı, kamu görevlisine yükletilen eylem görev sebebiyle işlenen bir suç olmakla birlikte bu suçun zimmet, rüşvet, irtikâp gibi 4483 sayılı Kanun kapsamının istisnası olarak tayin edilen suçlardan olduğu sonucuna varırsa yine soruşturmayı genel hükümlere göre yapar. Ancak, inceleme sonunda atılı suçun kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği suç olup istisna kapsamında kalan suçlardan da olmadığını belirlerse, 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yaparak izin için yetkili mercie gönderir. Soruşturma izni alınmasını gerektiren bir suç ile karşı karşıya kalan savcı acele toplanması gerekli olan ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespit ederek dosyayı izin vermeye yetkili mercie gönderir²⁵.

“İvedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delil” kapsamında ne gibi deliller bulunmaktadır? “İvedi toplanması gereken delil” deyiminin açılımı nasıl anlaşılmalıdır? Derhal işlem yapılmadığı takdirde bir daha bu delile ulaşamama olasılığı var ve bu delil de eylemin açıklığa kavuşturulması açısından önemliyse, ivedilikle toplanması gerekli delilden söz edilebilir. Örneğin, yargı kararının üzerinden uzun süre geçmesine karşın bir binanın Belediye tarafından yıkılmadığı iddia edilmekte ve şikâyet duyulur duyulmaz da binanın yıkılması için harekete geçilmiş ise, savcı o binanın o tarihe kadar yıkılmadığına ilişkin keşif yaparak binanın fotoğraflarını çekmek suretiyle kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespit etmesi gerekir. Bu aşamada, ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan deliller kapsamında tanık dinleyebilir, keşif yapabilir, bilirkişi incelemesi yaptırabilir. Ancak hakkında ihbar veya şikâyet olan kamu görevlisinin ifadesine başvuramayacaktır²⁶. Bu aşamada izin verilmeden soruşturma evresine geçilmesi söz konusu olmadığı için, Cumhuriyet savcısı ancak ivedilikle toplanması gereken ve kaybolma ihtimali olan delilleri toplamak için gerekli ve zorunlu olan hususları yerine getirecektir.

Maddenin içeriğine bütün olarak bakıldığında “ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan deliller” ifadesi açık ve yeterli değildir. Tartışmalara açık bir ifade şeklindedir. Başsavcının ivedilikle toplanmasını gerekli gördüğü bir delil, başka makamlarca gereksiz veya her zaman toplanabileceği

açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet vermek veya bu suçlara iştirak gibi yüz kızartıcı suçlardır.

²⁵ Ancak, usul açısından dosya gönderilirken bir sureti çekilip adliyede bırakılması gerekir. Zira bu tür durumlarda soruşturma numarası kapatılmamalı, soruşturma izni verilmez ise kovuşturmayla yer olmadığına kararıyla, verilirse iddianame ile soruşturma numarası kapatılmaktadır.

²⁶ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 255

için toplanmasının aciliyeti olmayan bir delil olarak kabul edilebilir. Ayrıca delilin sadece “*tespit edilmesi*” de sakıncalıdır. Tespitten anlaşılması gereken husus “*olduğu gibi tespit*” ya da “*delilin koruma altına alınacak şekilde detaylandırılması*” hususlarından hangisi olduğu anlaşılmamaktadır. Geçici olarak ülkeye gelmiş bir yabancıya veya kısa zaman sonra ülke dışına çıkacak olan bir tanığın ifadesini almayı değil de sadece kimliğini ve tanık olduğunu tespit etmekten ibaret şeklinde anlaşılır ise o delilin kaybolma riski söz konusu olur. Buna göre “*tespit*” kavramının sonradan kaybolma ihtimali olan delillerin detayları ile koruma altına alınmasını da gerektirecek şekilde anlaşılması gerekir. Zira toplanan ve kaybolma ihtimali bulunan deliller üzerinde anında inceleme ve bilirkişi görüşü gerektiren durumlar dahi ortaya çıkabilir. Bu durum, analiz ve numune alınması zaruretini de doğurabilir. Bu itibarla, “*tespit*” kavramı soruşturmanın amacına uygun ve ölçülü bir şekilde Kanuna uygun olarak her somut olayda geniş biçimde yorumlanabilir²⁷.

Diğer taraftan, şüpheli veya sanığın olayın ilk başlaması ve kamuoyuna yansımaları üzerine verdiği ilk ifade çok önemlidir. Buna karşılık, başsavcının bu tespit sırasında savunmaya başvuramaması, özellikle şüphelinin sonradan ifade değiştirme ve diğer tanıklarla anlaşıp ifade belirleme tehlikesi varsa o şüphelinin ifadesini neden alamayacağını izahı bulunmamaktadır. Bunun zamana bırakılması halinde diğer tanıklarla uyumlu bir ifadeye dönüştürülmesi ve ispat gücünü kaybedeceği de açıktır. Ayrıca şüphelinin kaçması ve olayın aydınlatılmasının riske girmesi de söz konusu olabilir. Kanun koyucunun başsavcı tarafından şüphelinin ifadesini bu aşamada almasına yasak getirmesindeki mantık soruşturma iznini vermek durumunda olan mercileri etki altında bırakmak istememesi olarak düşünülebilir. Ancak kaybolması muhtemel delilleri tespit yetkisini verilip, şikâyet edilenin ifadesini alma yetkisinin verilmemesi doğru değildir²⁸. Başlıca amacı savunma olan ifadenin bu fonksiyonunun da zayıflamasına yol açıldığından, düzenleme isabetli değildir. Bu nedenlerle kamu görevlisinin görevi sebebiyle bir suç işlediği konusunda bir şüphe ortaya çıktığı zaman savcı araştırma yapmalı, delil toplamalı hatta gerekli ifadeleri almalıdır. Yeterli şüphe elde edilir ve kamu davasının açılması gerektiği kanaati oluşursa kamu davasının açılıp açılmayacağı konusunda izin alma yoluna gidilmelidir²⁹. Bununla birlikte, bu aşamada kamu görevlisinin ifadesine başvurulmasını savunmak bu Kanun’un amaç ve ruhu ile çelişmektedir. Kanun, kamu görevlilerinin maruz kalacakları

²⁷ MALKOÇ, s.79

²⁸ YURTCAN, Ülkemizde Memur Yargılaması Kuralları, s. 374

²⁹ MALKOÇ, s.79

gereksiz şikâyetler yüzünden yargı makamları önüne çıkarılma tehdidi altında bulunmalarını önlemek için bu düzenlemeyi yapmıştır.

1.4. Diğer Makam ve Kamu Görevlilerinin Suç Yetkili Mercilere Bildirmesi

4483 sayılı Kanun'un 4/2. maddesine göre, Cumhuriyet başsavcılığı dışındaki diğer makam ve memurlarla kamu görevlileri de, bu Yasa kapsamına giren bir suç işlendiğini ihbar, şikâyet, bilgi, belge veya bulgulara dayanarak öğrendiklerinde durumu izin vermeye yetkili mercie iletmekle yükümlüdürler.

Kanun metnine bakıldığında, diğer makam ve memurlarla kamu görevlilerine gelen şikâyet ve bilgileri sadece izin vermeye yetkili mercie iletmek zorunda oldukları şeklinde anlaşılmalıdır. Bu şikâyet savcıya geldiği gibi diğer makam ve kamu görevlilerine gelebilir. Onlar kendilerine gelen şikâyeti izin vermeye yetkili mercie iletmek durumundadır. Ancak belirtmek gerekir ki, buradaki düzenleme ihbar veya şikâyetin savcılara iletilmesini engelleyen bir durum değildir. Söylenilmek istenen ihbar veya şikâyetin savcının yanında izin vermeye yetkili amire de yapılabileceğidir. Kanunda, savcılığa yapılacak suç duyurularını önleyen veya suçun savcı tarafından öğrenilmesini kısıtlayan bir hüküm yoktur³⁰. Kaldı ki, CMK'nın 158. maddesinde suçun öğrenilmesi, ihbar ve şikâyet ile ilgili hükümler yer almaktadır. Buna göre, suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir. Valiliğe, kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir (CMK, m.158/1,2,4). Yeni CMK, 4483 sayılı Kanun'dan sonra yürürlüğe girdiği için öncelikli olarak dikkate alınmalıdır. Bu şekilde yorumlamanın daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Hükme göre izni vermeye yetkili mercii de kendisine bildirilen ihbar ve şikâyeti Cumhuriyet savcılığına iletmek zorundadır. Bu nedenle olayın doğrudan izni vermeye yetkili mercii tarafından öğrenilmesi halinde de durum değişmeyecektir. Ancak bu durumda 4483 sayılı Kanun ve CMK 158/4. maddenin birlikte ele alınarak ve çelişkiye düşülmeden yorumlanması

³⁰ YURTCAN, Ülkemizde Memur Yargılaması Kuralları, s. 374; PINAR, İbrahim, 4483 sayılı Kanuna Göre Memur Suçlarında İdari ve Adli Soruşturma Usulleri, b. 2, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 271

gerekmektedir. İzin vermeye yetkili mercii olayı doğrudan öğrenmesi halinde hiçbir şey yapmadan durumu Cumhuriyet savcısına iletmesi beklenemez. İzin vermeye yetkili mercii olayı öğrendiğinde ön incelemeyi başlatacak ve durumu derhal savcıya bildirecektir. Cumhuriyet savcısı kendisine gelen olayın 4483 sayılı Kanun kapsamına girdiğini tespit ederse, ivedilikle toplanması gereken ve kaybolma ihtimali olan delilleri toplayıp, başka hiçbir işlem yapmadan dosyayı soruşturma izni vermeye yetkili mercie gönderecektir.

Önceki Kanun'da (CMUK) yer almayan bir hükmü 5271 sayılı CMK, yeni durumda 158/4. maddesinde öngörmüş bulunmaktadır. Buna göre, kamu kurum ve kuruluşları, yürütülen kamu göreviyle bağlantılı olarak kendilerine yapılan suç ihbar ve şikâyetlerini 'gecikmeksizin' Cumhuriyet başsavcılığına iletmekle yükümlüdürler. Bu düzenlemeden Yasa koyucu tarafından Cumhuriyet savcısının soruşturma evresinde her yönüyle etkin kılınmak istendiği anlaşılmaktadır.

4483 sayılı Kanun'un 4/2. maddesine benzer düzenlemeler, 5237 sayılı TCK'nın 279 ve 280. maddelerinde bulunmaktadır. TCK'nın 279. maddesinin 1. fıkrasında kamu görevlilerinin, 2. fıkrasında adli kolluk görevi yapanların öğrendikleri suçu bildirmemesi, 280. maddesinde ise sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi eylemleri suç olarak düzenlenmiştir. TCK'nun 278. maddesindeki düzenlemenin hem 4483 sayılı Kanun'da, hem de 765 sayılı TCK'da olmayan bir düzenleme olduğu dikkat çekmektedir. Bu maddeye göre, suçu bildirmeme suçunun oluşabilmesi için, suçun işlenmeye devam edilen diğer bir ifadeyle temadi eden bir suç olması gereklidir. Örneğin bir kimsenin kaçırılarak belli bir yerde tutulduğunun bilinmesine rağmen, durumdan yetkili makamların haberdar edilmemesi bu kapsamdadır. Aynı şekilde, mütemadi suç niteliği taşıyan elektrik hırsızlığının işlendiğinden haberdar olunmasına rağmen, durumun yetkili makamlara bildirilmemesi halinde de bu suç oluşturacaktır. İcrası tamamlanmış olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması hâlen mümkün bulunan bir suçun yetkili makamlara bildirilmemesi hâlinde de bu suç oluşur. Yine bunun gibi icrası tamamlanmış olan bir hırsızlık sonucunda elde edilmiş olan malların bir depoda saklandığının bilinmesine rağmen, durumdan yetkili makamların haberdar edilmemesi de bu suçu oluşturur³¹.

TCK 278. maddesi, sadece kamu görevlileri için değil, kamu görevlisi olmayanlar için de, işlenmekte olan bir suçtan haberdar olduklarında yetkili

³¹ Bkz., TCK 278. Madde gerekçesi

mercie bildirme yükümlülüğü getirmiştir. Bu yükümlülüğün doğması için, suçun halen işlenmekte olması gerekir; işlenmiş ve bitmiş suçlar için böyle bir yükümlülük bulunmamaktadır³².

4483 sayılı Kanun'un 4/2. maddesi, TCK'nın 279 ve 280. maddeleri hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, Cumhuriyet savcısı dışındaki, tüm kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan görevlilerin başka bir kamu görevlisinin görevi nedeniyle bir suç işlediğini öğrenmeleri halinde (bir bilgi veya belgeden veya bulgudan haberdar olduklarında) durumu derhal soruşturma izni vermeye yetkili mercie bildirmeleri gerektiği anlaşılmaktadır. Bunlar, öğrendikleri suç ile ilgili hiçbir işlem yapmadan ellerindeki bilgi, belge ve bulguları soruşturma izni vermeye yetkili makama bildirmeleri gerekir. Bu yükümlülüğe uyulmaması, TCK anlamında suç teşkil edecektir³³.

Belirtmek gerekir ki, bu duruma uygun düşmeyen her davranışın suç sayılması da ağır bir durumdur. Kamu görevlilerinin ilgili yetkili makamı tam doğru şekilde tespit etmeleri ve oraya göndermeleri mümkün olmayabilir. Kaldı ki, yasa koyucu da zaten soruşturma izni vermeye yetkili makam yerine sadece yetkili makam ibaresini kullanarak daha geniş tutmuştur. Onlardan soruşturma izni vermeye yetkili makama bildirim yapmalarını beklemek onlara ayrıca yük getirecektir. Bu nedenle, savcılığa göndermelerini yeterli saymak ve bu halde kanunun emrettiği hükme uymuş kabul etmek gerekir.

2. Özel Soruşturma Usulleri Bakımından Kamu İdarelerinin Görev Suçlarıyla İlgili İhbar ve Şikâyetleri Cumhuriyet Başsavcılığına Bildirme Yükümlülüğü

5271 sayılı CMK'nın 158. maddesinin 4. fıkrasına göre bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Bu düzenlemeyle görev suçları konusunda kamu kurum ve kuruluşlarına bir yükümlülük getirilmiş bulunmaktadır. Maddenin 2. fıkrasındaki valilik, kaymakamlık veya mahkemeye yapılan ihbar ve şikâyetlerin ilgili Cumhuriyet savcılığına gönderilmesine ilişkin kural, genel olarak tüm suçların ihbar ve şikâyeti ile ilgilidir. Oysa 4. fıkradaki bildirim zorunluluğu yalnızca kamu görevlilerinin görevle bağlantılı suçlarına ilişkindir³⁴.

³² GÖKCAN-ARTUÇ, s. 256

³³ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 256

³⁴ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 608

4483 sayılı Kanun'un 4. maddesini yorumlarken CMK'nın 158/4. maddesi ile birlikte değerlendirmek gerekir. 5271 sayılı CMK, 4483 sayılı Yasadan sonra yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Yasa koyucu, 158. maddenin 4. fıkrası hükmünü, 4483 sayılı Yasanın 4. maddesindeki düzenlemeyi ve diğer özel soruşturma usulleriyle ilgili yasal düzenlemeleri bilerek ve fakat belirli bir maksatla kabul etmiştir. Maddenin 4. fıkrasının gerekçesinde bu düzenlemenin “*kamu kurum ve kuruluşlarına yapılan ihbar ve şikâyetlerin takipsiz kalmaması için Cumhuriyet başsavcılığına intikalini sağlaması*” amacıyla getirildiği belirtilmiştir. Görev suçlarına ilişkin her türlü ihbar ve şikâyetin öncelikle ve mutlaka Cumhuriyet başsavcılığının bilgisine ulaşması gerekmektedir. Bir fiilin 4483 sayılı Yasa ya da özel soruşturma usulüne tabi bir suç veya genel hükümlere göre soruşturulacak bir suçtan hangisi olduğunu değerlendirme ve takdir yetkisi Cumhuriyet savcısına verilmiştir. Bu bakımdan, 4. fıkra hükmü konulurken Yasa koyucu tarafından bilinçli olarak özel soruşturmaya tabi bulunan durumlar istisna tutulmamıştır³⁵.

CMK'nın 158/4. madde ve fıkrasındaki kuralın açıkladığımız anlam ve muhtevası karşısında; 1 Haziran 2005 tarihi sonrasında kamu kurum ve kuruluşlarına, kendi bünyelerinde çalışan kamu görevlileri hakkında bir suç iddiası gündeme geldiğinde bu konudaki ihbar ve şikâyetleri iletme yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu madde uyarınca kamu kurum ve kuruluşlarına, kendi bünyelerinde çalışan kamu görevlilerinin görevle bağlantılı olarak işledikleri iddiasıyla yapılan suç ihbarı veya şikâyetlerin “*gecikmeksizin*” yetkili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi yasal bir zorunluluk ve adli bir görevdir. Maddedeki ihbar yükümlülüğü; kendi bünyesinde çalışan kamu görevlilerinin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlara ilişkin olup, görevleriyle bağlantılı olmayan suçları kapsamaz. Yine başka bir kuruluşta çalışan kamu görevlisi hakkındaki yahut o kurumda çalışmakla birlikte görevle bağlantısı olmayan kişisel bir suçla ilgili ihbar ve şikâyetlerin bildirilmesi yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak bu konuda şartları varsa TCK'nın 278, 279 ve 280. maddeleri uyarınca genel nitelikteki suçu bildirim yükümlülüğünün ihlaline dair kuralların geçerli olacağı hatırdta tutulmalıdır³⁶.

Cumhuriyet savcılarının, adli kolluk görevlilerine ve diğer kolluk amir ve memurlarına yürütmekte oldukları soruşturmalarla ilgili her türlü emri verebilecekleri, bütün kamu görevlilerinden bilgi ve belge isteyebilecekleri dikkate alınarak, sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye

³⁵ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 608

³⁶ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 608-609

kullanma veya ihmalleri görülen kolluk amir ve memurları ile diğer kamu görevlileri hakkında doğrudan soruşturma yapılacaktır. Bu durumda izin için beklenmesi gerekmez. Bu iddialar, 5271 sayılı CMK'nın 161/5. maddesi uyarınca doğrudan Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturularak TCK'nın 257. maddesi gereği kamu davası açılır. Bu durumda anılan 161/5. maddede vali ve kaymakamlar ile en üst dereceli kolluk amirleri dışında bir istisna getirilmediğinden, bu kişiler dışındaki tüm makam ve merciler hakkında Cumhuriyet savcısı tarafından doğrudan soruşturma yapılır.

Evleviyetle belirtmek gerekir ki, ihbar ve şikâyetle konu olan fiil bir suç teşkil etmelidir. İşlendiği ileri sürülen fiil görevin yürütülmesine bağlı olsa dahi suç teşkil etmiyorsa, sözgelimi bir kabahate ilişkin ise ortada CMK'nın 158/4. maddesi anlamında bir yükümlülüğten söz edilemez. Böyle bir durumda gerçekten ortada CMK'nın 158/4. maddesi anlamında bir yükümlülük yoktur³⁷. İkinci olarak, Cumhuriyet savcılığına iletilmesi gereken ihbar ve şikâyetler, “*bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak*” işlendiği iddia edilen suçlara ilişkin olmalıdır. Dolayısıyla, kişisel suç veya görevle bağlantılı olmayan ve fakat görev sırasında işlenen bir suç olmaması, aksine görevin yürütülmesinden doğan bir suç olması gerekir.

Kanaatimizde de, 4483 sayılı Kanun'un 4/2. maddesine göre, Cumhuriyet başsavcılığı dışındaki diğer makam ve memurlarla kamu görevlileri, bir suç işlendiğini ihbar, şikâyet, bilgi, belge veya bulgulara dayanarak öğrendiklerinde durumu izin vermeye yetkili mercie iletceklerinin öngörülmüş olması, bir suç iddiası hakkında nasıl bir seyir izlenmesi gerektiği konusundaki inisiyatifini kullanma açısından yerinde değildir. İzne tabi bir suç olup olmadığının ve özellikle 4483 sayılı Yasanın istisnası sayılan bir suç olarak vasıflandırılıp vasıflandırılmayacağını belirlemek savcının işi olmalıdır.

Son olarak yükümlülüğün hangi kamu kurum ve kuruluşlarını bağlayıcı nitelikte olduğu konusuna da değinmek gerekir. Merkezi idareyi oluşturan tüm kamu idareleri ve bunların taşra örgütleri ve mahalli idareler ile her türlü hizmet yönünden yerel yönetim kuruluşları, KİT'ler, bağımsız kurullar ve benzeri kamu kurum ve kuruluşları bu kapsamdadır. Diğer bir ifadeyle, 158/4. maddenin kamusal faaliyet yürüten ve dolayısıyla personeli kamu görevlisi kabul edilen bütün kamu kurum ve kuruluşlarını kapsadığını kabul etmek gerekir³⁸.

³⁷ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 609

³⁸ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 609

Görüldüğü üzere, CMK'nın 158/4. maddesi ile getirilen yeni düzenleme karşısında 4483 sayılı Yasanın bu hükmü doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiği gibi diğer özel soruşturma usulleri bakımından da aynı hükmün gözetilmesi gerekmektedir³⁹.

3. İhbar ve Şikâyetlerin İçeriği

4483 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 5232 sayılı Kanunla değişik 3. fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin işleme konulabilmesi için nasıl olması gerektiği anlatılmış, hangi eksiklikler olması halinde işleme konulmayacağı açıklanmıştır. Buna göre, ihbar veya şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, mutlaka kişi veya olayın belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin tam ve doğru biçimde yazılmış adı, soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması gerekmektedir. Şayet soyut, anlaşılması güç, hiçbir anlam ifade etmeyen, konusu anlaşılamayan, belirsiz ifadelerden ibaret ise ihbar ve şikâyet dikkate alınmamaktadır. Ayrıca ihbar ve şikâyetin genel nitelikte olmaması, hangi konuya yönelik olduğunun açık olması da gerekmektedir⁴⁰.

Bir kurumda yapılan işe alımlarla ilgili yazılı sınavda veya mülakatta genel olarak taraflı davranıldığı biçiminde yapılan ihbarlar yeterli değilken, aynı konuda somut olarak görevlinin adı verilerek yaptığı usulsüzlük belirtilmesi ya da uygulanan usulsüz sistemin nasıl icra edildiği anlatılmış ise ihbar dikkate alınabilecektir. Örneğin, mülakatta birinin kayırılıp düşük olan notunu yükseltmek suretiyle sınavda başarılı olarak kabul edilmesi, tayinde özel olarak bir kimsenin gözetilip kollanmış olması gibi somut ve özel nitelikteki ihbarlar işlem yapılabilecek nitelikte kabul edilir. Yine bir ihbar ve şikâyetin kişi veya olayın belirtilmesi suretiyle yapılması öngörülmüştür. Burada “veya” deyimini kullanılmış olması nedeniyle sadece kişi üzerine somutlaştırılmış olabileceği gibi kişiden bahsetmeden soruşturulması gereken olay da somutlaştırılıp bazı özet bilgiler verilerek yapılacak soruşturmaya yol gösterilmiş olması yeterlidir⁴¹. Burada amaç, ihbar ve şikâyetlerdeki

³⁹ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 609

⁴⁰ PINAR, s. 271

⁴¹ Bazı yazarlar, kişilerin belirtilmesinin aranmasının ceza yargılamasının temeline aykırı olduğu görüşündedir. Ceza yargılamasında fail belirtilmeden suç duyurusunda bulunmak ve araştırılmasını istemek mümkündür. TCK sisteminde şikâyete tabi suçlar yönünden temelin fiil üzerine oturtulmuş olması failin bilinmemesinin çok önemli olmaması da bunun göstergesidir. Bu nedenlerle somut bir olayın belirtilmesi halinde, ihbar ya da şikâyette kişinin belirtilmemiş olması ihtimalinde de soruşturma izninin verilmesi gerekir. Bkz., YURTCAN, Ülke-

iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanmasını sağlamak, ihbar ve şikâyetle bulunan kişilerin kim olduğunu açıklamaya yönlendirmek suretiyle bu şartları taşımayan asılsız iddiaları işleme koymayarak ilgili makamları gereksiz yere uğraştırmaktan ve şikâyet edilmek istenen kamu görevlisini rencide etmekten kurtarmaktır.

Kanun'un 4. maddesinin dördüncü fıkrası ise 3. fıkradaki şartları taşımayan ihbar ve şikâyetlerin Cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmayacağını hükme bağlamaktadır. Burada belirtilen şartları taşımayan ihbar ve şikâyetler işleme konulmaz ve durum ihbar veya şikâyetle bulunana bildirilir⁴². Bununla birlikte, eğer ihbarda soruşturulması istenen suç ile ilgili iddialar, bunu destekleyen şekilde sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş ise ad, soyadı ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartı aranmayacaktır. Diğer yandan, isim açıklanmış ise ihbarcı veya şikâyetçinin kimlik bilgilerinin de gizli tutulması gerekmektedir (4/4. fıkra son cümle).

“İşleme konulmama” bir tür karardır. Burada “işlemden kaldırma” diye bir tasarruf söz konusu olamaz. Zira yapılmayan bir işlemin kaldırılması düşünülemez. Bu bakımdan “işleme konulmama” kararının ihbar veya şikâyetle bulunana bildirim gerektirir. Bu aynı zamanda o kişiler için bir hak, savcı veya yetkili diğer merci için de bir mükellefiyettir⁴³. İdarenin bu kararı, bir idari işlemdir. İhbar veya şikâyetin genel ve soyut olup olmadığı noktasındaki takdir yetkisi sınırsız olamaz ve bu karara karşı Anayasa gereği idari yargıda genel hükümlere göre iptal davası açılabilir⁴⁴. Doktrindeki bir görüşe göre⁴⁵; “Yetkili idari merci tarafından verilen işleme koymama kararına karşı, üst amire başvurulabileceği” savunulmakta ise de, kanaatimizce, yetkili idari merciin verdiği “işleme koymama kararı”, soruşturma izni verilmemesi ile aynı sonucu doğurduğundan, Kanun'da soruşturma izni kararlarına karşı

mizde Memur Yargılaması Kuralları, s. 375; Aynı yönde ÖZTÜRK, Bahri - ERDEM, Mustafa Ruhan - ÖZBEK, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş b. 5, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000, s. 1046; MALKOÇ, s. 80

⁴² TOZMAN, ÖNDER, Türk Hukukunda Memurların Yargılanması, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2001, s. 137; Hükmün “dilekçenin işleme konulmaması” değil, soruşturmaya başlamayı gerektirecek derecede şüphe olmadığı gerekçesiyle reddedilmesi şeklinde düzeltilmesi gerektiği görüşünde olanlar da vardır. Bkz., ZAFER, s.1001

⁴³ PINAR, s. 273

⁴⁴ KINALITAŞ, Vahit-ASLAN, Fethi, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hukuku, Türkiye Kamu-Sen Yayınları, Ankara 2003, s. 24

⁴⁵ KINALITAŞ / ASLAN, s.24.

öngörülen itiraz usulü, işleme koymama kararlarında da uygulanabilmelidir. Nitekim uygulamada da, izin vermeye yetkili merci tarafından verilen işleme koymama kararlarına karşı, Danıştay'a ya da bölge idare mahkemelerine itiraz yoluna gidilmekte ve ilgili yargı yerlerince bu itirazlar değerlendirilmektedir⁴⁶. Danıştay, şikâyetin somut olması, olay, yer ve kişi belirtilmesi durumunda "işleme konulmama" kararına karşı yapılan itirazları kabul etmekte ve işleme konulmama kararını kaldırabilmektedir⁴⁷.

Son olarak ifade edelim ki, 5. maddeye 5232 sayılı Kanunla birinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen ikinci fıkrayla bir istisna getirilmiştir. Bu fıkra hükmüne göre, Cumhuriyet başsavcılıkları ile izin vermeye yetkili merciler ihbar ve şikâyetler konusunda daha önce sonuçlandırılmış bir ön inceleme olması halinde müracaatı işleme koymayacaklar; ancak ihbar veya şikâyet eden kişilerin konuyla ilgili olarak daha önceki ön incelemenin neticesini etkileyecek yeni belge sunması halinde müracaatı işleme koyabileceklerdir.

⁴⁶ İçişleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliğinin 6.6.2007 tarihli ve 6717 sayılı Görüşü, <http://hukukgorus.icisleri.gov.tr/bilgibankasi.aspx> (25.04.2010), s.1; Danıştay 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesi kapsamında verdiği bir kararında, "soruşturma emri verilmesi haline ilişkin ne bir başvuru yolu gösterilmiş ne de bu konuda karar verecek bir merciden söz edilmiştir. Dolayısıyla öğretilde ve içtihatlarda tanımlanan idari işlemin tüm unsurlarını taşıyan soruşturma emri vermeme işlemleri konusunda Kanun koyucu tarafından özel bir yargısal mekanizma öngörülmediğine göre, bu işlemlerin doğal yargı yeri olan idari yargıda dava konusu edilebileceğinin kabulü zorunludur. Aksi halde Türk pozitif hukukunda bu tür işlemlerin denetimini öngören hiç bir mekanizma bulunmadığından tümüyle yargısal bağımsızlığı olan bir işlem türünün ortaya çıkması kaçınılmaz olacaktır." ifadelerine yer vermiştir. Danıştay 8. D. 20.9.2012, 2011/4414 E,2012/6492 K. sayılı kararı. KARAVAIZOĞLU, s. 56.

⁴⁷ AKYILMAZ, Bahtiyar-SEZGİNER, Murat- KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, b. 4, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 647; Danıştay kararlarında "4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 4 üncü maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında; bu Kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmamasının, ihbar veya şikâyetlerde kişi ve/veya olay belirtilmesinin zorunlu olduğu, iddiaların da ciddi bulgu ve belgelere dayanması gerektiği, bu hükme aykırı bulunan ihbar ve şikâyetlerin, Cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmayacağı ve durumun ihbar veya şikâyette bulunana bildirileceği, aynı Kanunun 5 inci maddesinde ise izin vermeye yetkili merciin, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlendiğini bizzat veya yukarıdaki maddede yazılı şekilde öğrendiğinde bir ön inceleme başlatacağı hükme bağlanmıştır. Dosyada yer alan şikâyet dilekçesinde şikâyetçinin belli, şikâyet konusu eylemlerin somut olduğu, kişi ve olay belirtildiği, iddiaların da ciddi bulgu ve belgelere dayandığı anlaşıldığından, 4483 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen hükümleri uyarınca, yetkili merci tarafından bir ön inceleme emri verilmesi, bu emre dayalı olarak ve yukarıda açıklanan eksiklikler giderilerek ön inceleme raporu düzenlenmesi, ön inceleme raporu da göz önünde bulundurulmak suretiyle soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin bir kararın tesis edilmesi" şeklinde emsal uygulama yapıldığı görülmektedir. (Örnek, Danıştay 1. D. 9.12.2014 tarihli ve 2014/2015 E - 2014/1784 K. sayılı kararı)

4. Suçun Öğrenilmesi Üzerine Değerlendirme Yetkisinde İnisyatif

4483 sayılı Kanun kapsamında yetkili olan merci, kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle bir suç işlediklerini öğrenmesi üzerine ön incelemeyi başlatması gerekmektedir. Şikâyet aynı zamanda Cumhuriyet savcısının önüne gelmiş de olabilir. Bu durumda o da kendine göre acil olan delilleri toplayıp izin vermekle yetkili mercie gönderecektir. Kanun iki tarafını da açık bırakarak kimin önüne gelmişse yetki kullanmasına müsaade eden bir açıklıkta düzenlenmiş olması sebebiyle aynı zamanda bir boşluğa da fırsat vermiştir. Benzer durumdaki şikâyetlerin bir savcı önüne gelmesi ile izin vermekle yetkili idari merciin önüne gelmesi arasında yetki kullanma bakımından farklar olabilecektir. Savcının çok ciddi olarak niteleyebileceği ve derinlemesine soruşturma yapmayı hatta organize yönleri olduğundan şüphe ederek kolluk ile bütün halde kapsamlı bir soruşturma yapmayı düşünebileceği bir olayda idari merci çok kısa bir araştırma ile konuyu kapatması ihtimali de olabilir. Bu nedenle soruşturmanın ilerlemesine yönelik takdir bakımından inisiyatifin kimde olacağı hususu önemlidir.

Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrası, *“izin vermeye yetkili merci, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlediğini bizzat veya yukarıdaki maddede yazılı şekilde öğrendiğinde bir ön inceleme başlatır.”* şeklinde olup fıkra sonu *“başlatır”* kelimesi ile bitirilmiş olması sebebiyle ön incelemenin başlatılmasının zorunlu olduğu açıkça görülmektedir⁴⁸.

Bu safhada henüz bir ceza soruşturması başlamış sayılacak mıdır? Bu sorunun cevabı bu dönemde inisiyatifin kimde olacağı hususuna da cevap teşkil edecektir. Usulüne uygun olarak verilecek bir ön inceleme emri ile ancak bir ön inceleme başlatılabilir. Yasada *“ön inceleme”* olarak ifade edilen bu husus, aslında eski uygulamada görülen *“soruşturma emri”* benzeri bir görevlendirme söz konusudur. 4483 sayılı Kanun *“soruşturma”* deyimini yerine *“ön inceleme”* deyimine yer verilmiştir. Kanuna göre bir süzgeç öngörülmesi olsa bile esas soruşturma Cumhuriyet başsavcılığı tarafından yapılacaktır. Ancak bir görüşe göre, ön inceleme yetkisinin, soruşturma yetkisine benzer ve eşdeğer olduğu, Kanun'un 6. maddesinin ifadesinden de anlaşılmaktadır. Zira ön inceleme ile görevlendirilenler bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde CMK'ya göre işlem yapacakları öngörülmesi bulunmakla bazı soruşturma yetkilerini kullanmalarına yetki verilmiştir. Bu bağlamda, hakkında inceleme yaptıkları kamu görevlisinin ifadesini alacaklar; inceleme konuları ile ilgili

⁴⁸ PINAR, s. 275

bilgi ve belgeleri toplayacaklardır. Bütün bunlar yapılan işin bir incelemeden ziyade “soruşturma” olduğunu göstermektedir⁴⁹.

Farklı bir görüşe göre ise, yürürlükten kaldırılan MMHK'nın 2. maddesi soruşturmacıların tahkikatlarını usul kanunu uyarınca hazırlık tahkikatına esas olan hükümlere göre yapacaklarını öngörmüştür. 4483 sayılı Kanun ile getirilen sistemde ise bir hazırlık tahkikatından bahsetmek mümkün değildir. Sadece yetkili merciin soruşturma yapmak üzere Cumhuriyet başsavcılarında izin verip vermemek üzere yaptırdığı bir ön incelemeden bahsedilmektedir⁵⁰. 4483 sayılı Kanun'da MMHK'dan farklı olarak adli soruşturmaya kadar geçen sürece “ön inceleme” denilmektedir. MMHK'da bu sürece “ilk soruşturma” deniliyordu. Yapılan bu değişiklik ile adli yargılamanın asıl olduğu, kanun ile getirilen mekanizmanın ise soruşturma kavramından farklı bir süreç, bir idari inceleme niteliği taşıdığı belirtilmektedir⁵¹. Kanaatimizce de, bu sürecin bir idari inceleme mahiyetinde olduğu kabul edilerek buna göre çerçevesinin belirlenmesi gerekir.

5. Ön İnceleme Yapmaya Yetkili İdari Makam ve Görevliler

5.1. Genel Olarak

4483 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişiler, bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerine sahiptir. Ön inceleme görevi yerine getirilirken kullanılacak yetkiler konusunda öncelikle 4483 sayılı Yasa hükümlerine başvurulması gerekir. Burada hüküm bulunmayan hallerde 5271 sayılı CMK uyarınca işlem yapılacağı anlaşılmaktadır.

CMK'ya yapılan atıfla ilgili üzerinde durulması gereken en önemli sorun, 4483 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde CMK'ya göre işlem yapılacağı belirtildiğine göre bu atfa dayanarak CMK'da yer alan hangi yetkileri ne kadar kullanabileceği hususudur. Ayrıca Cumhuriyet savcısına verilmiş yetkilerin doğrudan ön inceleme görevlisi tarafından kullanılıp kullanılmayacağına açıklığa kavuşturulması gerekecektir. Ön inceleme görevlisinin bazı yetkileri doğrudan kullanmasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Örneğin, şüpheli ve ihbarcı veya

⁴⁹ ÖZTÜRK-ERDEM-ÖZBEK, s. 1044; PINAR, s. 280

⁵⁰ İGDELER Serdar - SUNTAY Yusuf, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Uygulanması”, Türk İdare Dergisi, Sa. 426, 2000, s. 24

⁵¹ ASLAN, Onur Ender, Memurların Yargılanması Hakkındaki Yeni Yasa Üzerine Düşünceler, Amme İdaresi Dergisi, C. 33, Sa. 1, Mart 2000, s. 71; TOZMAN, s. 138

şikâyetçiyi dinleme, tanık ifadesi alma, keşif, bilirkişi incelemesi gibi işlemleri yapabilecektir. Bazı yazarlar ise 4483 sayılı Kanun'un CMK'ya yaptığı bu yollamayı çok geniş yorumlamaktadır. Ön inceleme görevlisinin Cumhuriyet savcısının sahip olduğu tüm yetkilere sahip olduğunu; yani şüphelinin evinde arama kararı verebileceğini, hâkimden alınması gereken kararları doğrudan talep edebileceğini, tutuklama ve yakalama kararı isteyebileceğini savunmaktadırlar⁵².

Ancak yeni CMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra ve özellikle Memur Yargılaması sisteminin tahkik sistemini bırakıp izin sistemini kabul etmiş olması da göz önüne alınarak ön inceleme görevlisinin Cumhuriyet savcısının sahip olduğu bütün yetkileri kullanmasını kabul etmek artık mümkün değildir⁵³. Bilindiği gibi, yürürlükten kaldırılan Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat (MMHK) döneminde idari teminat olarak tahkik (soruşturma) sistemi kabul edilmekteydi. Şimdi ise, 4483 sayılı Yasa ile öncekinden farklı olarak izin sistemi benimsenmiştir. Buna göre izin verilene kadar devam eden işlemler bir soruşturma değildir. Soruşturma yapılmasına izin verilip verilmeyeceğini belirlemek için yapılan bir ön araştırmadır. Bu araştırma sonucunda eğer soruşturma yapılması yerinde görülürse izin verilmesi ile Cumhuriyet savcısının soruşturma yetkisi başlamaktadır. Dolayısıyla hakkında kolaylıkla soruşturma yapılmasını diye getirilen bir güvence sistemi olarak işletilen bu süzgeç mahiyetindeki aşamada kamu görevlisi hakkında koruma tedbirlerinin uygulanması da kabul edilemez. İzin vermeye yetkili makam izin verene kadar bir soruşturma yapılması yasağı olduğuna göre bu izin kararı verilip verilmeyeceğini belirlemek amacıyla yapılan ön inceleme görevlisinin yaptığı işlemler de bir tahkik (soruşturma) değildir. O sadece kendisine verilen görev kapsamında toplanması gereken tüm delilleri toplamakla sorumludur. Bu bağlamda öncelikle şikâyetçi veya ihbarcıyı daha sonra da hakkında ön inceleme yapılan kamu görevlisini dinlemesi gerekir⁵⁴.

Konuyu daha açık görmek bakımından izin sistemi ve tahkik sisteminin neler öngördüğüne kısaca göz atmakta yarar vardır.

⁵² YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, b. 11, Vedat Kitapçılık, Ankara 2005, s. 600; ZAFER, s. 1015-1016; KINALITAŞ-ASLAN, s. 40-64; PINAR, s. 281-289; ÇETİN, s.464-465

⁵³ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 293

⁵⁴ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 293

5.2. İdari Güvence Olarak Esas Alınan Sistemler

a. Tahkik (Soruşturma) Sistemi

Tahkik (soruşturma) sisteminde, savcı yerine geçen idari makamlar, eski adıyla hazırlık soruşturması adı verilen evrede suç şüphesinin başlamasından davanın açılmasına kadar bütün safhalara egemen olmak suretiyle savcı yetkilerini kullanmaktaydı. Bu sistemde, hazırlık soruşturması idari makamlarca yapılmakta ve yargılama yapılmasını gerekli görmeleri halinde doğrudan mahkemeye başvurulmaktaydı. Bu şekilde idari makamlar, Cumhuriyet savcısı yerine geçerek hem hazırlık soruşturmasını yapmakta, hem de evrakı doğrudan mahkemeye göndermek suretiyle soruşturan makam tarafından kamu davası açılmaktaydı.

3206 sayılı Kanun'dan önce MMK'nın 2. ve 6. maddeleri karşısında, soruşturmacılar, sorgu yargıçları yetkisiyle donatılmışlardı ve ilk soruşturmayı yapıyorlardı. Kural olarak, soruşturmacı sorgu yargıcının bütün yetkilerini kullanabiliyordu. Ancak tutuklama, elkoyma, arama gibi işlemler için yargıca başvurusu gerekiyordu. Ancak 3206 sayılı Kanun'un 83. maddesi ile ilk soruşturma kaldırıldığından ve yasalarda geçen ilk soruşturma hazırlık soruşturması olarak algılanacağından, artık soruşturmacılar sorgu yargıcı değil, Cumhuriyet savcısı; yaptıkları da ilk soruşturma değil, hazırlık soruşturması niteliğine dönüşmüştü⁵⁵.

Yürürlükten kaldırılan MMHK'nın 2. maddesinde Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu çerçevesinde hazırlık soruşturması yapmak üzere bir soruşturmacı görevlendirilmesinden söz edilmekte ve ayrıca 6. maddede ise hazırlık soruşturmasıyla ilgili olarak usul Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmekteydi. Tahkik sisteminde yürütülen inceleme bir nevi savcının hazırlık soruşturması yerine geçmekte ve bu inceleme sonunda idari makamların kararı kamu davası açan iddianame yerine geçmekte idi. Dolayısıyla, MMHK yürürlükte iken Cumhuriyet savcısının soruşturma aşamasında sahip olduğu CMUK'dan kaynaklanan yetkilerini idari incelemeyi yürüten yetkililerin kullanmasını savunmanın yasal dayanağı ve mantıksal bir zorunluluğu vardı. Oysa yeni Kanunda (CMK) ise bunlar yer almamaktadır⁵⁶.

b. İzin Sistemi

Bu sistemde, kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği suçlardan dolayı hakkında adli soruşturmaya başlanabilmesi yetkili merciin iznine

⁵⁵ SELÇUK, Memur Yargılaması Hakkında, s. 111

⁵⁶ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 293

bağlıdır. İzin, siyasal ve sosyal nitelikte yetkili bir kamu merciin ceza davasının yerindeliğini onaylayan bir irade birimi olarak tanımlanabilir. İzin bir dava şartı olup, izin verilmezse savcı dava açamaz. Dava açılmış ise, yargılamanın durmasına karar verilir ve ön şart olan izin eksikliği tamamlatılır⁵⁷.

02.12.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4483 sayılı Kanun önceki Kanun'dan farklı olarak idari güvence sistemlerinden “*tahkik sisteminden*” ayrılarak “*izin sistemini*” öngörmüştür. İzin sisteminde bir ceza soruşturması başlamamış olup, ancak izin verildikten sonra başlayacaktır. Bu sistemde soruşturma yapma yetkisi temelde yine Cumhuriyet savcısına ait olmakla birlikte, kamu görevlisi hakkında göreviyle ilgili bir suçtan dolayı soruşturmanın başlayabilmesi için idare makamların izni gerekmektedir. Genellikle, iznin bir soruşturma ve kovuşturma şartı olduğu kabul edilmektedir⁵⁸. Dolayısıyla izin verilene kadar bir ceza soruşturmasının bulunmadığının altını çizmek gerekir. Diğer yandan Anayasanın 129/son maddesinde de “...*ceza kovuşturması açılması, ... idari merciin iznine bağlıdır*” denilerek iznin kovuşturma için ön koşul olduğu ifade edilmektedir. Burada ön inceleme görevlisinden beklenen şüphelinin üzerine atılan suçun kamu davasının açılması için gerekli olan yeterli delilleri toplamak değil, bu isnadın soruşturmaya değer olup olmadığını belirlemektir⁵⁹. Dolayısıyla henüz ceza soruşturması başlamamıştır.

Kamu görevlisinin eylemi hakkında, soruşturma yapılıp yapılmaması ve yargılama aşamasına geçilip geçilmeyeceğini izin merciinin değerlendirmesi gerekmektedir. Burada verilecek izin bir yargılama koşuludur. Aslında dava açılması için tüm nedenler bulunmakta, sadece (izin) yargılama koşulu eksik bulunmaktadır. İzin verilmemesi halinde soruşturma evresi başlatılamamakta, dolayısıyla dava açılmamaktadır⁶⁰. Mercii bu konudaki yetkisini, eylemi gerçekleştirdiğinden kuşkulanan kimsenin kişiliğine göre değil, yalnızca kamu yararı ölçütüne göre kullanacaktır. Yargıtay kararlarında izin verilmesinden sonra ceza soruşturmasının başlayacağı belirtilmektedir⁶¹.

⁵⁷ KARAVAİZOĞLU, s. 16

⁵⁸ DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, b. 3, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 191

⁵⁹ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 294

⁶⁰ ÖZEK Selçuk, Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi, İÜHFİM, 1960, C. XXVI, Sa.1-4, s. 21; Nakleden, GÖKCAN-ARTUÇ, s. 293-294, METİN, Ayhan, Türkiye’de Memurların Soruşturulması ve Yargılanması Rejimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005, s. 6

⁶¹ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 294, “...4483 sayılı Yasa kapsamı içerisindeki görevliler ve suçlar bakımından ceza soruşturması açılabilmesini ‘izin koşuluna’ bağlamıştır. Başka bir anlatımla

Danıştay'ın bir kararında da idarenin yaptığı işlemin hazırlık soruşturması olmadığı vurgulanmıştır⁶².

4483 sayılı Kanun'un 6. maddesinde, ön inceleme görevlisinin, “bakanlık müfettişleri ile kendisini görevlendiren idari merciin” yetkilerini haiz olduğu ifade edilmektedir. Bu durumda bakanlık müfettişleri ile idari merciin adli soruşturma yetkisi bulunmadığına göre, bu yetkiler sadece idari disiplin soruşturması veya idari araştırma, inceleme için verilmiş yasal yetkiler olarak kabul edilmesi gerekir⁶³. Bütün yetkilerden anlaşılması gereken, yetkili merciin veya müfettişlerin ön soruşturma ile ilgili kanuni olarak sahip oldukları örneğin, görevden uzaklaştırma, bilirkişi dinlemek, savunma almak gibi tüm yetkililerdir. Bu itibarla, örneğin yetkili merciin sahip olduğu atama veya düzenleme ya da disiplin cezası verme yetkilerine sahip olduklarını düşünmek mümkün değildir⁶⁴. Özet olarak izin sisteminde, ceza soruşturması tamamen idare tarafından yapılmayacak, ceza soruşturmasına geçilmesi için idare tarafından izin verildikten sonra soruşturma genel hükümlerde olduğu gibi Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacaktır. Cumhuriyet savcısı izin aşamasından sonra soruşturmayı bizzat yaparak ve CMK'dan kaynaklanan yetkilerini kullanarak gerekli delilleri toplayıp kamu davası açmayı gerektirecek nitelikte yeterli şüpheye ulaşırsa iddianame düzenleyecektir.

4483 sayılı yasa hükümleri uyarınca gerekli soruşturma izninin alınamaması halinde ceza soruşturması başlamadığı için, suç işlendiği yolunda yapılmış olan ihbar veya şikâyetler hakkında takipsizlik kararı da verilemeyecektir.” Bkz., 4.CD. 3.5.2006, 433/10350 ve 4.CD. 28.5.2006, 4098/13142 sayılı kararları.

⁶² Danıştay 1. Dairesi, E. 2004/137, K 2004/240 sayılı Kararı; 4483 sayılı Kanunla memurların işlemiş oldukları suçlarla ilgili olarak il ve ilçe idare kurulları ile Danıştay 2. Dairesine mülga Memurin Muhakematı Hakkında Kanun uyarınca verilen hazırlık soruşturması yapma yetkisinin alındığı ve bu yetkinin artık Cumhuriyet başsavcılıklarına devredildiği, dolayısıyla da yukarıda açık hükmüne yer verilen maddeye de, ön inceleme ile görevlendirilenlerin yapmış oldukları iş ve işlemlerin hazırlık soruşturması olmayıp, hazırlık soruşturmasına esas bilgi ve belgeleri toplamaktan ibaret olduğu kuşkusuzdur.

⁶³ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 295; ÇAĞLAYAN, s. 120

⁶⁴ Nitekim maddenin TBMM Genel Kurulu'nda görüşülmesi sırasında aynı konuda tereddütlerin giderilmesi amacıyla sorulan bir soruyu cevaplandıran Adalet Bakanı, ön inceleme yapılması konusunda yetkili merciin bir görevlendirme yaptığını, bu görevlendirmenin, hakkında suç isnadı bulunan bir memur veya kamu görevlisini, o suçu işleyip işlemediği konusunun araştırılması ve incelenmesinin olduğunu, örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 137. ve sonraki maddelerine göre memur veya kamu görevlisini görevinden uzaklaştırabileceklerini; fıkrada kastedilenin, bu olduğunu ön inceleme yapacakların bu çerçeve içerisinde yetkili olmalarının söz konusu olduğunu açıklamıştır. TBMM Tutanak Dergisi, C.20, 3.Oturum, Birleşim, 22, 18.11.1999, s. 177-178, Aktaran, TOZMAN, s. 140; PINAR, s. 282

4483 sayılı Kanun'un 12. maddesinde “*hazırlık soruşturması genel hükümlere göre savcı tarafından yapılır*” denilmekte; 12/2. maddesinde de hazırlık soruşturması sırasında hâkim kararı alınmasını gerektiren hususlarda hangi hâkimin yetkili ve görevli olduğunu belirlemektedir. Burada Kanun koyucunun asıl amacı, hâkimden karar talep etmek için ön inceleme görevlisine de yetki vermek olsaydı, bunu açıkça düzenler ve ön inceleme görevlisi tarafından talep edilmesi durumunda da görevli ve yetkili hâkimi belirleyen hükümler koyabilirdi⁶⁵.

6. maddenin ilk fıkrasının son cümlesinde de ön inceleme görevlisinin “*yetkileri dâhilinde bulunan gerekli bilgi ve belgeleri toplayıp*” rapor düzenleyeceklerinden söz edildiğine göre buradan ön inceleme işlemleri sırasındaki bilgi ve belge toplamanın “*yetkileri dâhilinde*” olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, Kanun'un 6. maddesinde CMK hükümlerine yapılan atıf, Cumhuriyet savcısının yetkilerini kullanma anlamında olmayıp, idari soruşturma sonunda yapılacak değerlendirme için gerektiği ölçüde benzer usul işlemlerini yapabilme anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, bu yetkinin Cumhuriyet savcısının kolluk görevlileri ve hâkimden çeşitli tedbir ve isteklerde bulunma konusunda sahip olduğu tüm soruşturma yetkileri olduğu söylenemeyecektir⁶⁶.

6. Ön İnceleme Görevinin Başlaması ve Süreç

6.1. Genel Olarak

Ön inceleme, o konuda izni vermeye yetkili mercii emriyle başlar. Bu emir “*ön inceleme izni*” olarak ifade edilir. Ön inceleme izni vermeye yetkili mercii, 4483 sayılı Kanun'un kapsamına giren bir suç işlendiğini bizzat veya ihbar ya da şikâyet yoluyla öğrendiğinde bir ön inceleme başlatır. Ön inceleme emri, hakkında ön inceleme yapılacak görevlinin kim olduğu ve isnat edilen suç konusunda bazı ayrıntıları içermesi gerekir. Hakkında ön inceleme yapılacak memur veya kamu görevlisinin adı soyadı, üzerine atılı suçlamanın ne olduğu, bu suçlamayla failin arasındaki bağlantının mahiyeti açıkça gösterilmelidir.

Ön inceleme her durumda bir “*ön inceleme emri*” ile başlamaz. Bazı hallerde “*görevlendirme*” ile başlar. Ön incelemenin, İçişleri Bakanlığı merkez denetim elemanlarınca yapılacağı durumlarda verilecek emir ön inceleme emri olarak değil, “*görevlendirme*” olarak ifade edilir.

⁶⁵ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 294

⁶⁶ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 295

Ön inceleme emri açık ve net bilgiler içermesi gerekir. Hangi suçun veya suçların inceleneceğinin net bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Danıştay kararında⁶⁷, verilecek ön inceleme emrinin hangi kişi veya kişiler hakkında ve hangi eylem veya eylemlerinden ötürü yapılacağı, ayrıca kimin veya kimlerin ön inceleme yapacaklarının gayet açık bir şekilde belirtilmesi gerekliliği üzerinde durulmuştur. Ön inceleme kararında, isnat edilen suç, suç yeri ve zamanı, hakkında ön inceleme yapılacak görevlinin adı, soyadı, görevi ve açık adresi, ön incelemeyi yürütecek olanın adı, soyadı ve görev unvanı belirtilir. Ön incelemenin süreler dikkate alınarak yapılıp raporun verilme tarihinin bulunması ve onayın yetkili merci tarafından imzalanması şarttır⁶⁸.

4483 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre soruşturma izni vermeye yetkili mercinin olayı öğrendiği tarihten itibaren, ön inceleme de dâhil 30 gün içinde soruşturma izni hakkında kararını verir. Süre bir defalığına 15 gün uzatılabilir. Olay, izni vermeye yetkili mercie doğrudan ulaşırsa bu tarihte, Cumhuriyet başsavcılığı tarafından izin için gönderildiği tarihte veya başka bir kurum veya kuruluşa yapılan ihbar ve şikâyetlerde, yazının izin vermeye yetkili mercie ulaştığı tarih sürenin başlangıcı olarak kabul edilir. Bu süreler içinde öngörülen tüm işlemler tamamlanmalıdır. Ancak Kanunda öngörülen bu süre, hak düşürücü bir süre değildir. Bu süreler, düzenleyici sürelerdir. Sürelerin aşılmasının bir yaptırımını bulunmamaktadır. Süre aşılması halinde de mutlaka olumlu veya olumsuz karar verilmesi gerekmektedir⁶⁹.

Uygulamada ön incelemede yerine getirilecek bütün bu işlemlerin otuz veya en çok kırk beş günlük süreler içinde çok zor tamamlandığı hatta tam olarak tamamlanamadığı görülmektedir⁷⁰. İfade alma ve sürenin kesinliği karşılaştırıldığında süre şartını getiren hükme öncelik verilmesi gerekir. Çünkü 4483 sayılı Kanunun genel gerekçesinden hızlı soruşturma yapılması amacıyla bu iki kesin hükümden 7/2. maddesindeki hükmün önce geldiğini, onun uygulanması ile 6. maddedeki ifade almanın uygulanmamış olması Kanun'un sistemine uygun olacaktır⁷¹. Bu nedenle ifade alınmaması, belki 7. maddenin 2. cümlesindeki 15 günlük süre uzatımının gerekçelerinden biri

⁶⁷ Danıştay 2. Dairesi, 01.10.1973 tarihli ve E. 1973/573, K. 1973/1861 sayılı kararı; Aktaran PINAR, s. 281

⁶⁸ PINAR, s. 281

⁶⁹ ÇETİN'e göre, bu sürede karar verilmemiş olması, soruşturma izninin verilmemiş sayılması- na eşdeğerdir ve ilgililerin itiraz hakları vardır, aynı zamanda duruma göre yasanın emredici hükmünü ihlal mahiyeti taşıması halinde görev suçu oluşabilecektir. Bkz., ÇETİN, s.466-467

⁷⁰ PINAR, s. 210

⁷¹ ÇETİN, s. 464

olacaktır, ama her halde ifadenin alınması için 45 günlük sürenin aşılması mümkün olmayacaktır. Zira ifade almanın hazırlık soruşturması aşamasında CMUK bakımından da zorunlu olmaması, dava açılması için bile kimliğin açıkça belli olmasının yeterli bulunması bizi yine bu sonuca götürecektir⁷².

4483 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 2. fıkrasında ise; *“Yetkili merciin, herhalde yukarıdaki fıkarda belirtilen süreler içinde memur veya diğer kamu görevlisi hakkında soruşturma izni vermesi ya da vermemesi konusunda karar vermek zorunda olduğu”* hüküm altına alınmıştır. Burada, soruşturma izni konusunda Kanun'da öngörülen süre içerisinde herhangi bir karar verilmediği takdirde, iznin verilmiş sayılıp sayılmayacağı hususuna değinmek gerekmektedir. Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın 7.2.2000 gün ve 013/0165 sayılı yazısıyla bu hususta görüş sorulması üzerine, Danıştay 1. Dairesi, 17.04.2000 tarih ve E.2000/29, K.2000/59 sayılı kararında⁷³; *“Öngörülen süre içerisinde izin verilmediği takdirde iznin verilmiş sayılacağı yolundaki hükmün Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda tasarı metninden çıkarıldığı, bu durumda, gösterilen süre içerisinde izin verilmediği takdirde izin verilmiş veya verilmemiş sayılır biçiminde bir yorum yapma olanağının kalmadığı, işin sonuçlanabilmesi için, izin vermeye yetkili merciin zorunlu olarak olumlu veya olumsuz bir kararının aranması gerektiği, bu nedenle izin vermeye yetkili merciin, sürenin aşılması halinde dahi olumlu veya olumsuz bir karar vermek zorunda olduğu, öngörülen sürelerde işi sonuçlandırmayarak kasten sürüncemede bırakan izin vermeye yetkili mercilerin de cezai sorumluluklarının bulunduğu”* şeklinde görüş bildirmiştir.

Bu bakımdan, sürelerin kısalığı göz önünde tutularak ön inceleme görevlisinin Cumhuriyet savcılarının yetkilerini kullansa da, bütün kanıtları eksiksiz toplaması gerekmez. Yapılacak olan, memurun veya kamu görevlisinin asılsız bir suç isnadı karşısında bulunup, bulunmadığını saptamaktır. Bu cümleden hareketle, ön inceleme görevlisi daha çok kanıt toplamak için gereksiz yere zaman kaybetmemeli, memur aleyhinde izin vermeye yeterli kanıt elde edildiğinde ön incelemeyi bitirmeli ve en kısa süre içerisinde rapor karara bağlanarak, yetkili mercie sunulmalıdır⁷⁴.

⁷² MALKOÇ, s.83; TOZMAN, s. 144

⁷³ KARAVAIZOĞLU, s. 100

⁷⁴ KARAVAIZOĞLU, s. 118

6.2. Ön İnceleme Emri veya Görevlendirme

6.2.1. Ön inceleme yapmaya yetkili olanlar

Ön inceleme, bu hususta izni vermeye Kanunla yetkili kılınmış merci tarafından ya bizzat yapılabilir, ya görevlendireceği denetim elamanlarına yaptırılabilir. Hakkında ön inceleme yapılanın üstü konumunda memur veya kamu görevlilerinden biri veya birkaçı görevlendirilebilecektir. İnceleme yapacak görevliler kural olarak hakkında ön inceleme yapılan memur ve diğer kamu görevlilerinin mensubu bulunduğu kurumdan belirlenmesi esastır⁷⁵.

İl veya ilçelerde yapılacak ön incelemeler bakımından, soruşturma izni vermek üzere ön inceleme yaptırırken öncelikle mahallinde görevli bir personelin yetkilendirilmesi esas olmalıdır. Ancak ön inceleme, bir müfettiş tarafından yapılması gereken bilgi ve tekniğe sahip olmayı gerektiriyorsa durum ilgili Bakanlığa iletilerek denetim elemanı talebinde bulunulur. Bu konuda Bakanlıktan denetim elemanı istemek valinin görevidir. Vali, konuyu gerekçeli olarak yazıp talebini iletir. Kaymakamların ise doğrudan ilgili bakanlıktan denetim elemanı isteme yetkileri yoktur. Ancak ilçedeki bir olay nedeniyle denetim elemanı istemek gerekirse, kaymakam böyle bir talepte bulunması için valiye gönderir. İlçede yapılacak olan bir inceleme bakımından, yapılması gereken ön inceleme belli bir uzmanlığı gerektirmekte ve ilçede ihtiyaç duyulan seviyede uzmanlığa sahip görevli personel bulunmamakta ise ya da ilçede hakkında ön inceleme yapılan kişinin üstü konumunda görevli personel bulunmaması durumunda kaymakam ilden bir görevlinin ön incelemeyle görevlendirilmesini validen isteyebilir⁷⁶.

Ön inceleme görevi bazen bir denetim elemanına verilir. Denetim elemanı, kurumlarda görevli olan denetim, teftiş, inceleme ve araştırma ile görevli kurul mensupları için kullanılır. Ancak ön inceleme konusunda görev sadece denetim elemanlarına değil, aynı zamanda hakkında inceleme yapılanın üstü konumundaki memur ve kamu görevlilerine de verilebilmektedir. Denetim elemanlarına bu konuda görev verilmesi ile aradaki ast üst konumu farklı ele alınmaktadır. Bilindiği gibi Kanuna göre, ön inceleme ile görevlendirilebilecek soruşturmacıların mutlak surette hakkında ön inceleme yapılanın “*üstü konumunda*” olması şartı aranmaktadır. İlçelerde bakanlıkların şube başkanı olan müdürlerin tümü, ilçedeki o teşkilatın en üst amiri olup hepsi eşit konumdadırlar. İlçede görevli tapu müdürü, milli eğitim müdürü, mal müdürü veya tarım müdürü biri diğeri hakkında ön inceleme ile görevlendirilemez.

⁷⁵ PINAR, s. 276

⁷⁶ PINAR, s. 277

Dikkat çekici husus bunlar bakımından ön inceleme yapacak üst konumda ilçede kaymakam dışında hiçbir görevli bulunmamaktadır. İl memurları hakkında da aynı durum geçerlidir. Ancak illerde bunların üstü konumunda vali dışında vali yardımcılarını bulduğundan onlar eliyle ön inceleme yapılması mümkündür⁷⁷.

Bazı durumlarda kurumların müfettiş ya da denetim elemanları eliyle ön inceleme yaptırılır. Eğer bunlar görevlendirilmiş ise ast ya da üst memur ayrımı gözetilmez. Çünkü Kanun ön incelemenin öncelikle denetim elemanlarınca yaptırılacağı hükmünü getirmiştir. Hangi konumda olursa olsun, denetim elemanın bağlı olduğu amir konumundaki kimse dışında, tüm memurlar hakkında ön inceleme yapmakla görevlendirilebilir. Denetim elemanı veya müfettiş, kuramda bakan adına veya bağlı bulunduğu genel müdür, müsteşar ve başkan adına teftiş ve denetim yapmaktadır. Dolayısıyla bakan veya bağlı bulunduğu en üst amiri dışındaki tüm memurları ve kamu görevlileri hakkında ön inceleme yapmakla görevlendirilebilir⁷⁸.

6.2.2. Başka bir kurumdan bir görevli tayin edilmesi durumu

İşin özelliğine göre gerekli görülmesi halinde, ön incelemenin başka bir kamu kurum veya kuruluşunun elamanıyla da yaptırılması mümkündür. Kaymakam, bir kurumda görevli memurun örneğin bir okul müdürünün ön incelemesini ilçe milli eğitim müdürlüğündeki şube müdürüne yaptırabileceği gibi, kaymakamlık yazı işleri müdürüne de yaptırabilir.

Ancak bu konuda istisna kabul edilen görevliler de vardır. Bazı görevliler özel durumları gözetilerek, Kanun tarafından ön inceleme görevlisi olarak tayin edilmeleri yasaklanmıştır. 4483 sayılı Kanun'un 5/2. maddesinde yargı mensupları, yargı kuruluşlarında çalışanlar ve askerlerin diğer başka kurumlarda ön inceleme elemanı olarak görevlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Buna hâkim ve savcılarının yanı sıra diğer adliye personeli de dâhildir. Yargı mensuplarının soruşturma öncesinde soruşturmaya hazırlık edecek böyle bir ön incelemeyi yapmasının daha sağlıklı bir sonuç almayı sağlayacağı savunulmakta ise de, yargı mensupları bakımından mesele ele alındığında, illerde yapılacak bir soruşturma ve yargılama faaliyetinde yargı mensubunun görev alma olasılığı dikkate alınırca düzenlemenin isabetli olduğu anlaşılmaktadır.

⁷⁷ PINAR, s. 277

⁷⁸ PINAR, s. 277

Diğer taraftan, ön incelemenin de yargı mensuplarınca yapılmasının daha uygun olacağı kabul edilmesi halinde incelemenin idari bir inceleme olmaktan çıkarılması ve izin sistemi tamamen kaldırılarak baştan itibaren yargı mensuplarının soruşturma yapmasını kabul etmek daha yararlı ve pratik sonuç sağlayacaktır.

Askerler bakımından da idarenin işleri ile onları tartışılabilir bir duruma getirmemek bakımından ve yine idarenin işlerini kendi içinden gelen bir görevlinin daha iyi bilebileceği gerçeğinden hareketle böyle bir düzenleme yapılmıştır.

6.3. Ön İncelemede Delillerin Toplanması Süreci ve Rapor

Ön inceleme görevlisi, ön inceleme emrini alınca öncelikle elinde bulunan delillerin nelerden ibaret olduğunu inceler. Bu kapsamda ihbar veya şikâyet dilekçesi ve varsa ekleri ile Cumhuriyet savcısından gelen delilleri dikkate alır. Daha sonra dinlenmesi gereken kişileri dinler. Bu kapsamda önce ihbar veya şikâyette bulunan kişiyi çağırır ve dilekçe içeriğini açıklattırır, beyanlarını alıp varsa delillerinin nelerden ibaret olduğunu sorar. Bu arada diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kişilerde bulunan delilleri ister, toplanması gereken tüm delilleri toplar. Ön inceleme görevlisi, ihbarcı veya şikâyetçiyi dinledikten sonra hakkında şikâyette bulunulan kamu görevlisini dinler.

Kamu görevlisinin dinlenilmesinde CMK'nın 147. maddesinde öngörülen usule uyulur. Hakkında isnat bulunan kamu görevlisinin, varsa delilleri sorulur, dinlenmesini istediği tanıklar veya belgeler varsa onları toplamak üzere bilgi alınır. İlgililerin dinlenilmesi tamamlandıktan sonra dinlenen kişilerin gösterdiği, ortaya koyduğu ve toplanması gerekli görülen deliller toplanır. Ön inceleme görevlisi tanıkları dinler, gerekli görürse olay yerinde keşif yapar, ihtiyaç duyarsa bilirkişi dinleyip rapor alır. Tüm delilleri topladıktan sonra ön inceleme için Yasada öngörülen süre içinde ön inceleme raporunu yetkili mercie verir⁷⁹.

⁷⁹ Ön inceleme görevlisinin raporunu yazarken aşağıda yazılı hususları içerecek şekilde düzenlemesi gerekir:

- Hakkında şikâyette veya ihbarda bulunan kimsenin hangi yasal mevzuata göre 4483 sayılı Yasa hükümlerine tabi olduğu,
- Memur veya kamu görevlisinin eyleminin görevi sebebiyle işlenen suçlardan olup olmadığı,
- Şikâyetçi veya ihbarcı ile şikâyet olunanın beyan özetleri, tanık anlatımları, toplanan diğer deliller,
- Oluşması ihtimali düşünülen suçun ne olduğu, bu suçun unsurlarının bu olayda ne şekilde gerçekleştiği,
- Bu suç hakkında zamanaşımının gerçekleşip gerçekleşmediği, af, şikâyetten vazgeçme ve

Ön inceleme raporunda, ön inceleme emri veya görevlendirme yazısının özeti, iddia olunan suçun öğrenilme şekli ve niteliği, ön incelemesi yapılanın kimliği ve görevi, suç tarihi belirtilir. Ayrıca tanık dinlenmiş ise bunların ifadeleri, bilirkişiye başvurulmuşsa bilirkişinin kimliği ve raporu, hakkında inceleme yapılan kamu görevlisinin savunmasının belirtilmesi gerekmektedir. Raporda, iddiaların her biri yönünden ayrı ayrı irdeleme ve tartışma kısmına yer verilip bu bağlamda; suçun işlenip işlenmediği ve bir ceza soruşturmasının başlamasına gerek olup olmadığı hususlarına yer verilir. Ön incelemeyi yapan görevli kendi kanaatine de yer vermelidir. Ancak, soruşturma izninin verilmesi veya verilmemesi durumu ise izin vermeye yetkili makamın takdirine bırakılmalıdır⁸⁰. Ön inceleme görevlisi birden fazla ise aralarında görüş farklılığı varsa, farklı görüşler için gerekçe gösterme zorunluluğu getirilmiştir (4483 SK, m.6/1). Gerekçe gösterme yükümlülüğü getiren bu hüküm, Anayasanın 125, 138 ve CMK'nın 34. maddeleri ile de uyumlu bir hükümdür⁸¹.

C. ÖN İNCELEME AŞAMASINDA YETKİLERİN KULLANILMASI

1. Savcılar Tarafından Kullanılacak Yetkiler

4483 sayılı Yasanın 4/1. maddesine göre, ihbar veya şikâyetin Cumhuriyet savcılığına yapılması halinde, kaybolma ihtimali bulunan ve dolayısıyla ivedilikle toplanması gereken delillerin savcılık tarafından tespit edilmesi gerekmektedir. Bu durumda soruşturma izninden önce toplanması zorunlu olan bir delil varsa Cumhuriyet savcısı tarafından ivedilik durumuna göre deliller toplanacaktır. Ancak delilin elde edilmesi için arama, dinleme, yakalama gibi bazı koruma tedbirlerine başvurmak gerekir ise, bu gibi hallerde koruma tedbirlerine başvurulmamalıdır. Koruma tedbirlerine soruşturma aşamasında başvurulabileceğinden soruşturma izni olmadan savcı bu yetkileri kullanmamalıdır. Aksi halde soruşturmaya başlamış sayılacaktır. Acele toplanması gereken delilleri örneğin daha sonra dinlenme imkanı olmayacak bir tanığı dinleyebilir; muhafaza altına alınmadığında karartılma tehlikesi olan delilleri muhafaza altına alır. Uygulamada da, savcının soruşturma izni öncesi

cezasızluk nedenlerinin bulunup bulunmadığı,

-Bu bilgi ve belgeler karşısında, ön inceleme görevlisi, kendisinin vardığı sonuç ve şikâyet olunan şahıs hakkında soruşturma izni verilir verilmemesi ile ilgili kanaat., GÖKCAN-ARTUÇ, s.307

⁸⁰ PINAR, s. 289-290

⁸¹ ZAFER, s. 1005

arama, dinleme ve yakalama gibi tedbirlere başvurduğu pek görülmemektedir. Zira soruşturma izni alınmadan kişiye şüpheli sıfatı verilip verilmediği açık değilken, savcılar bakımından bu yetkileri kullanıp kullanmamaları hala muğlak bir durum iken, bu tür tedbirlere başvurmak yerinde olmayacaktır.

Cumhuriyet Savcısı, kamu görevlilerine yükletilen herhangi bir isnadın genel hükümlere göre ya da 4483 sayılı Kanun veya özel soruşturma usullerinden hangisine girdiği konusunda takdir yetkisini kullanacak tek yetkili (adli) makam olarak belirlenmiştir. 5271 sayılı CMK, 4483 sayılı Kanun'dan sonra yürürlüğe girmiş bulunduğundan CMK 158/4. maddesi hükmünün önceliği bulunduğu daha önce belirtmiştik⁸².

Genellikle bir suç isnadı ile karşılaşıldığında öncelikle ve hemen idari makamlarca işlem başlatmak gerektiği şeklinde anlaşılmakta ise de, her olayda bunun mutlak doğru olduğu düşünülmemelidir. Gelen ihbar ve şikâyetlerin daha başlangıcında işin mahiyeti anlaşılamiyor ise genel hükümlere göre soruşturulmasında da bir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle ilk ihbar ve şikâyetlerin idari makamlarca bekletilmeksizin savcıya gönderilmesi ve savcı tarafından genel hükümlere göre soruşturma yapılmasının gerekli görülmesi halinde soruşturmaya başlanması; izin gerekli olması halinde de acele toplanması gerekli olan delilleri topladıktan sonra izin vermeye yetkili mercie gönderilmesi gerekmektedir. Bu şekilde bir uygulama, muhtemel gecikmeleri önlemek bakımından yerinde olacaktır.

Öte yandan, 4483 sayılı Kanun hükümleri uyarınca gerekli soruşturma izninin alınmaması halinde ceza soruşturması “başlamadığı” için suç işlendiği yolunda yapılmış olan ihbar veya şikâyetler hakkında “işlem yapılmasına yer olmadığı” kararı verilebilecek ise de CMK'nun 172. maddesinde belirtildiği anlamda “kovuşturmaya yer olmadığı kararı” verilemeyecektir⁸³

⁸² GÖKCAN-ARTUÇ, s. 295

⁸³ ALBAYRAK, Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu, b. 7, s. 462. Gerçekten uygulamada 4483 Sayılı Yasa'nın uygulanmasına yönelik hatalar yapılmaktadır. Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 11/06/2003 tarih ve 2003/8042 E, 5733 K. ile 10.05.2006 tarih ve 2005/9424 E, 2006/10703 K. sayılı içtihatlarında da görüleceği üzere, 4483 sayılı Yasa'nın 4/1. maddesi gereği memurlar hakkında gerekli soruşturma izninin verilmemesi ve aynı Yasanın 9. maddesi gereği itiraz ile aynı sonucun alınmaması halinde ceza soruşturması “başlamayacağı” için, belirtilen duruma ilişkin CMK'nın 172. maddesinde belirtildiği anlamda “kovuşturmaya yer olmadığına” değil, “inceleme yapılmasına yer olmadığına” dair karar verilmesi gerekeceği ve bu kararın aynı Yasa'nın 173. maddesi gereği itiraza tâbi olmadığına bilinmesi gerekir. 4483 sayılı K. m.1, 2/son, 16/5, Bkz., ALBAYRAK, s. 1035

2. Ön İnceleme Görevlilerinin CMK Kapsamındaki Yetkileri

2.1. Genel Olarak

Ön inceleme görevlisinin, bakanlık müfettişleri ve kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerine sahip bulunduğunu ifade etmiştik. Bütün yetkilerden anlaşılması gereken, yetkili merciin veya müfettişlerin ön inceleme ile ilgili kanunî olarak sahip oldukları görevden uzaklaştırma⁸⁴, bilirkişi dinleme, savunma alma gibi yetkilerdir. Bununla birlikte, kendisini görevlendiren merciin sahip olduğu atama ya da disiplin cezası verme yetkilerine sahip olduklarını düşünmek mümkün değildir.

Ön inceleme yapanların yetki ve görevleri Kanununun 6. maddesinde “Ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişiler, bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerini haiz olup, bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre işlem yapabilirler; hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesini de almak suretiyle yetkileri dâhilinde bulunan gerekli bilgi ve belgeleri toplayıp, görüşlerini içeren bir rapor düzenleyerek durumu izin vermeye yetkili mercie sunarlar” şeklinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, 4483 sayılı Kanunda hüküm bulunmayan konularda CMK hükümleri uygulanacaktır. CMK hükümlerine yapılan bu atıf konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

Bilindiği üzere, MMHK zamanında soruşturmacının (muhakkik) yaptığı iş hazırlık soruşturması niteliğinde olduğu için, işlemlerini CMUK’taki hükümler çerçevesinde yürütmek, özellikle sanığın savunmasının alınmasında avukat buldurmak istemesi halinde buna uygun şartları sağlamak ve gerekiyorsa bilirkişi incelemesi yaptırmak ve dosyayı her yönüyle ve ceza usul hukuku kurallarına uygun şekilde tekemmül ettirmek zorundaydı. Şimdiki sistemde ise ön inceleme görevlisinin yapacağı iş, dosyayı bir hazırlık tahkikatı gibi oluşturmak değil, olsa olsa suç isnadının ciddi olup olmadığı konusunda izin vermeye yetkili mercide genel bir kanaat oluşturmak üzere rapor hazırlamaktan ibarettir. Artık ön inceleme görevlisi, eskiden olduğu gibi adli görev yapan bir hakikat arayıcısı (muhakkik) değil, makul ölçüler içerisinde belli bir kanaatin oluşumuna çalışan idari görevlidir. Yani idare

⁸⁴ Devlet memurları Kanununa göre görevden uzaklaştırma, kamu hizmetlerinin gerektirdiği hallerde görevi başında kalmasında sakınca görülen memurlar hakkında geçici olarak verilen bir ihtiyati bir tedbir kararıdır (m.137). Bu konuda atamaya yetkili amirler, bakanlık ve genel müdürlük müfettişleri, illerde valiler ve ilçelerde kaymakam karar vermeye yetkilidir (m.138).

hukukunun kuralları içerisinde hareket eden görevli konumundadır. Bütün bu sebeplerle, yasada CMK'na yapılan atfı, gerektiğinde başvurulabilecek ve doğal olarak da başvurulduğunda, usulüne göre yerine getirilecek yetki kuralları olarak anlamak gerekir. Örneğin, ifade alma sırasında CMK hükümlerine uygun şekilde hareket etmek gibi⁸⁵.

Aksi yönde düşünen yazarlara göre bu atıf idari soruşturmanın gerektirdiği ölçüde benzer usul işlemlerine yöneliktir⁸⁶. 4483 sayılı Kanun'un, CMK'ya yaptığı bu yollamayı çok geniş yorumlayan yazarların ortak görüşüne göre⁸⁷; “*Ön inceleme görevlisinin Cumhuriyet savcısının sahip olduğu hâkimden tutuklama talebi gibi yetkileri dahi kullanabileceği*” savunulmaktadır. Buna gerekçe olarak ise eski MMHK sisteminin yönetsel güvence sisteminden soruşturma esasını belirlemiş olduğunu, eski kanun uygulamasında soruşturmanın idari makamlarca yapıldığını ve bu nedenle idari makamların Cumhuriyet savcısının yetkilerini kullanma zorunluluğu olduğu ifade edilmektedir.

Ancak, 4483 sayılı Kanun ile artık izin sistemi benimsenmiştir. Soruşturma yapılabilmesi için izin verilmesi gereklidir. Bu nedenle soruşturma genel esaslara göre Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacaktır. İdari mercüilerin ise Cumhuriyet savcısının soruşturma aşamasında sahip olduğu aynı yetkilere sahip olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Zira henüz soruşturma başlamış değildir.

Ayrıca, Kanun'un 6/1. maddesinde ön inceleme yapacakların Cumhuriyet savcısının yetkilerini haiz olduğu belirtilmemiştir. Bu görüş sahiplerine göre ön inceleme yapanlar yetkileri dâhilindeki bilgi ve belgeleri, delilleri toplamaktan başka bir işlem yapamayacaklardır. Toplanması zorunlu olan bir delilin elde edilmesi için koruma tedbirlerine başvurulması gerekiyor ise Cumhuriyet savcısından istemde bulunulacak, karar alınması ve uygulanması sağlanacaktır.

⁸⁵ AKYILDIZ, Ali, Memur Yargılamasında İdari Süreç, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), C.5, Sa.1-2 (Haziran-Aralık 2001),s.154-221,(http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/5_7.pdf, erişim 27.07.2015)

⁸⁶ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 294-295, SALİHOĞLU, Enver-DEMİRKOL, Selami, 4483 Sayılı Kanun ile Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Öncesi Aşamaya İlişkin Usul ve İşlemler, b. 2, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s. 57-64; SELÇUK, Memur Yargılaması Hakkında, s. 111

⁸⁷ Aktaran KARVAİZOĞLU, s. 84-85; Bkz., ÇETİN, s.461-465; KINALITAŞ-ASLAN, s.40-45; PINAR, s. 285-289; TOPUZ, s.185-188; MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı-Gerekçeli Memur Yargılaması, Malkoç Kitabevi, Ankara 2006, s. 261-283

Dolayısıyla, anılan fıkrada geçen “*bütün yetkiler*” ibaresiyle, ön inceleme görevlisinin bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin sadece ön incelemeye ilişkin yetkileri kastedilmekte olup, inceleme dışındaki yetkilerin de kullanılabilmesi gibi bir sonuç çıkarılması Kanun’un amacına aykırı düşer. Nitekim anılan maddenin gerekçesinde de; “*Ön inceleme ile görevlendirilenlere tanık dinleme, bilirkişi mütalaası, ifade alma gibi yetkilerin verilmesinin amaçlandığı*” belirtilmiştir⁸⁸.

Kanaatimizce, 4483 sayılı Kanun’un benimsediği izin sisteminde idarenin fonksiyonunu sadece, memurun görevine ilişkin işlemiş olduğu suçlardan dolayı soruşturmanın başlayabilmesini sağlamaktır. Bu sistemde soruşturma genel hükümlerde olduğu gibi Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılmakta; idare sadece, soruşturmanın gerekip gerekmediğini, olayın soruşturmaya değer olup olmadığını belirlemektedir. Bu nedenle, ön inceleme yapanların, soruşturma izni verilmesi aşamasında kullandıkları yetkilerin, soruşturma aşamasında kullanılacak yetkilerden farklı olduğu, Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre yapacakları işlemlerin de, Cumhuriyet savcılarının yetkileri dâhilinde olan işlemlerden olmadığı anlaşılmaktadır⁸⁹. Kaldı ki, anılan 6. maddede yer alan; “*Yetkileri dâhilinde bulunan gerekli bilgi ve belgeleri toplayacakları*” şeklindeki hükümle de, ön inceleme görevlisine verilen yetkilerin, soruşturma konusu suçla ilgili bilgi ve belgelerin toplanmasıyla sınırlı olduğu belirtilmek istenmiştir⁹⁰. Bu durumda ön inceleme görevlisi, iddia olunan suçla ilgili kanıtların elde edilebilmesine yönelik olarak arama yapılmasını, tanığın zorla getirtilmesini ya da hakkında şikâyet bulunan kişinin tutuklanmasını, hâkimden talep edemeyecektir. Bir arama kararı alabilecek kadar şüphe ve delile ulaşılmış ise zaten soruşturma başlatılması gereken bir noktaya gelmiş demektir. Bu gibi hallerde bir an önce izin süreci tamamlanmalı, soruşturma aşamasına geçilmelidir.

*Özetle; 4483 sayılı Kanun’da hüküm bulunmayan hallerde CMK’ya yapılan atıf nedeniyle bu kapsamda kullanılacak yetkiler, tanık dinlemek, hakkında inceleme yapılan kişiyi dinlemek, delilleri toplamak bu bağlamda keşif yapmak gibi yetkilerdir. Ancak arama yapmak, konut dokunulmazlığını ilgilendiren ve genelde hâkim kararının alınmasını gerektiren bir usul işlemidir*⁹¹. Ön inceleme yapan görevlinin, arama, tutuklama ve zorla getirmeyi gerektiren bir durumla karşılaşması halinde bunu yerine getirmek için

⁸⁸ KARAVAIZOĞLU, s. 84-85

⁸⁹ Aynı görüşte, GÖKCAN-ARTUÇ, s.293-295; Aktaran, KARAVAIZOĞLU, s. 88

⁹⁰ KARAVAIZOĞLU, s. 88

⁹¹ TOZMAN, s.141

hakimden karar alabileceği; isteklerini Cumhuriyet savcılığı aracılığıyla sulh ceza hâkimine bildirmeleri gerektiği⁹² belirtilmekte ise de, kanaatimizce bu şekilde bir karar almaya yetecek şüphe sebepleri bulunması halinde bu durum soruşturma aşamasına geçmeyi gerektiren bir husus olarak yorumlanmalı ve izin verilmesi yoluna gidilmelidir.

Uygulamada bu husus, duraksamaya neden olduğu için, Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından, 7.2.2000 gün ve 013/0165 sayılı yazıyla Danıştay'a görüş sorulmuş, konuya ilişkin olarak Danıştay 1. Dairesi de, 17.04.2000 tarih ve E:2000/29, K:2000/59 sayılı istişari görüşünde⁹³; “Ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişilerin, bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerine sahip olacakları, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre de işlem yapabilecekleri, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun kamu davasının hazırlanmasına ilişkin hükümleri çerçevesinde Cumhuriyet başsavcısının yapmakla yetkili olduğu işleri yapabilecekleri, sanığın lehine olanlar da dâhil, olayı aydınlayabilecek delilleri, bilgi ve belgeleri toplayacak, tanık ve sanık ifadelerini alacak, gerektiğinde keşif yapacak ve bilirkişi incelemesi yaptıracakları” şeklinde görüş bildirmiştir.

Ön incelemecinin görevden uzaklaştırma kararı verip veremeyeceği de tartışma konusu olmuştur. Danıştay, 1. Dairesi anılan istişari görüşünde “ön incelemeci 657 sayılı Kanunun 138. maddesinde belirtilen kişilerdense görevden uzaklaştırma kararı verebilir; değilse görevden uzaklaştırma kararı veremez” demiştir⁹⁴. Kararın gerekçesinde, ön incelemecinin 4483

⁹² YAŞAR, Hakkı, “Ceza Kanunu Uygulamasında Memur Kavramı, Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili” Adalet Dergisi, Sa.12, 1966, s. 847; Nitekim Anayasa Mahkemesi MMK döneminde verdiği bir kararında (11/1/1965 gün ve 1965118-53 sayılı, RG.29.3.1966112263) bu hususu vurgulamıştır. Yüksek Mahkemenin bu kararına göre, kişi dokunulmazlığının ve özgürlüğünün usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça sınırlanamayacağı, kimsenin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranamayacağı, konut dokunulmazlığının ihlal edilemeyeceği, tutuklanamayacağı birer Anayasa kuralıdır. Anayasa ile sadece hâkime verilen bu yetkilerin hâkim olmayan memurlar ve idare meclisleri tarafından kullanılmasına izin veren bir kanunun Anayasaya uygunluğu kabul edilemez. Yüksek Mahkeme MMK'nın 2. maddesinde yer alan soruşturmanın CMUK'a göre yapılacağı hükmünün de, Anayasada bizzat hâkime verilen yetkilerin soruşturma yapacak memurlar ve idare meclisleri tarafından kullanılmasına izin veren bir hüküm şeklinde anlaşılmasının mümkün olmadığını, bu durumda tutuklama, arama gibi Anayasanın yalnız hâkime tanıdığı yetkilerin bu idari makam ve merciler tarafından kullanılmayacağını belirtmiştir. Aktaran, TOZMAN, s.141-142

⁹³ Aktaran, KARAVAIZOĞLU, s.84-85, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/ozet.jspozetmetin&dokid=22865> (05.03.2010)

⁹⁴ Anılan Kararda, “Burada ön inceleme görevli olan kişilerin görevden uzaklaştırma kararı verme yetkilerinin bulunup bulunmadığı konusu duraksamaya neden olabilmektedir. Görevi

sayılı Kanuna göre suçun açığa çıkarılmasına yönelik işlemleri yapmakla yetkili olduğunu belirtmekte, görevden uzaklaştırma kararının idari bir işlem olduğunu ve ön incelemecinin bu yetkiyi haiz olmadığını ifade etmektedir⁹⁵. Bununla birlikte, özel mevzuatında görevden uzaklaştırma yetkisine sahip müfettişlerin bu yetkisinin varlığını kabul etmek gerekir⁹⁶.

Ön inceleme görevlisine tanınan yetkiler, suç işleme iddiasına ilişkin belgeleri toplamak, bu konuyu araştırmakla sınırlıdır. Yoksa bakanlık müfettişi ve hele hele de yetkili merciin yerine bütünüyle geçmiş ve onun yerine ikame edilmiş değildir. Söz gelimi, yetkili merciin yetkisinde olsa dahi, nasıl ki ön inceleme görevlisinin ilgili kamu görevlisinin atamasını başka yere yapması düşünülemezse, görevden uzaklaştırılmasına da karar veremez. Verilen yetki, istisnai bir yetkidir ve genel bir hukuk kuralı olarak, bu yetkiyi veren kural da dar yorumlanmalıdır. Kaldı ki, ilgili hangi gerekçeyle görevden uzaklaştırılacaktır? Yürütülen faaliyet, ne bir disiplin soruşturması, ne de bir yargı kovuşturmasıdır. Sırf “ön inceleme” gerekçesiyle görevden uzaklaştırma önlemine başvurulamazdır. Ancak, ön inceleme görevlisinin kendisi zaten Bakanlık ya da genel müdürlük müfettişiyse, olayın disiplin yönü de varsa, görevden uzaklaştırma önlemine elbette ki başvuruabilecektir⁹⁷.

Anayasada seçimle gelen yerel yönetim organlarının, organlık sıfatını kazanmalarına ilişkin itirazların çözümü ve organlık sıfatını kaybetmeleri konusundaki denetimin yargı yolu ile yapılacağı, ancak görevleriyle ilgili bir suç sebebiyle haklarında soruşturma ve kovuşturma açılması halinde, kesin hüküm verilene kadar geçici tedbir olarak İçişleri Bakanı tarafından görevden uzaklaştırılabilecekleri hükmüne yer verilmiştir (AY, m.127/4). Bu bağlamda

basında kalmasında sakınca görülen memurlar hakkında uygulanacak olan görevden uzaklaştırma tedbirine ilişkin hükümler; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 137 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş ve bu kararı almaya yetkili olanlar gösterilmiştir: Görevden uzaklaştırma kararı idari bir işlemdir. Ön inceleme ile görevli kişilerin 657 sayılı Kanun'un 138'inci maddesinde sayılan kişilerden olması durumunda görevden uzaklaştırma kararı verilebilmeleri doğaldır. Ancak ön inceleme ile görevli kişilerin 138'inci maddede gösterilen kimselerden olmaması durumunda, bu kişilerin münhasıran 4483 sayılı Kanun kapsamında, bir suçun açığa çıkarılması amacına yönelik işlemleri yapmaya yetkili olmaları nedeniyle idari bir işlem olan görevden uzaklaştırma kararını vermeye yetkilerinin bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.” görüşüne yer verilmiştir. Danıştay 1. D., 17.04.2000, E.2000/29, K.2000/59

⁹⁵ AKKAN, Tahir Murat, 4483 sayılı Kanun'a Göre Memurların Yargılanmasında İdari Süreç, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 88

⁹⁶ PINAR, s. 283-284

⁹⁷ AKYILDIZ, s. 154-221

ilave etmek gerekir ki, seçimle gelen yerel yönetim organlarının durumu da 4483 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır. Bunun sonucu olarak, belediye başkanları, belediye meclis üyeleri, il genel meclis üyeleri ile köy ve mahalle muhtarlarının işledikleri iddia olunan görev suçlarının soruşturması da bu Kanun hükümlerine göre yürütülecektir. Açıkça anlaşılacağı üzere Anayasa bu görevi bizzat İçişleri Bakanına vermiştir. Bu itibarla böyle bir yetkinin, yapılacak ön inceleme ile görevlendirilen müfettiş veya diğer denetim elemanları ve soruşturmacılar tarafından kullanılabilmesi 4483 sayılı Yasaya göre mümkün değildir. Bu durumda, seçimle gelen yerel yönetim organları veya yönetim üyeleri hakkında ön inceleme yapılması sırasında bunların görevden uzaklaştırılmaları gerektiğinde, bu önlem sadece İçişleri Bakanı tarafından kullanılabilir⁹⁸.

Buna göre, Anayasa'nın 127. maddesinde mahalli idarelerin seçilmiş organları hakkında görevden uzaklaştırma kararını İçişleri Bakanı verebilir. Bu yetki devredilemez. Bu nedenle 4483 sayılı kanuna göre bu yetki, ön incelemeci tarafından kullanılamaz.

Ön inceleme görevlisi yaptığı incelemenin durumuna göre, diğer kurum ve kuruluşlarda bulunan belgeleri isteme yetkisini kullanabilir. Ön inceleme görevlisi, kendi kurumu veya diğer kamu ve kuruluşları ile özel ve tüzel kişilerde bulunan, delil niteliğindeki bilgi ve belgeleri isteyebilir. Bunları elinde bulunduran kamu kurum ve kuruluşları ile kişilerin bu isteği yerine getirme yükümlülükleri vardır.

2.2. İlgililerin Dinlenilmesi: İfade alma

a. Genel olarak

Ön inceleme yapılırken açıklık bulunan hallerde 4483 sayılı Yasa, açık hüküm bulunmayan hallerde ise CMK hükümleri uygulanır. Bu konuda 4483 sayılı Yasa herhangi bir sorunu başka bir şekilde hükme bağlamış ise, o hükme uygun olarak hareket edilecektir. Örneğin, şüpheli ifadesinin alınması CMK hükümlerine göre yapılacaktır. Buna karşılık soruşturmanın açılması ya da açılmaması yönündeki izin işlemine 4483 hükümlerine göre itiraz edilecektir (m.9).

Suç konusu olayı incelemek ve varsa ihbar eden veya şikâyet edenin iddialarını dinlemek, en seri olarak elde edilebilecek olan delilleri toplamak, şüpheli kamu görevlisinin savunmasını almak, ön incelemeyi

⁹⁸ PINAR, s. 284

sonuçlandırabilmek için gerekli olan durumlarda bilirkişi dinlemek ön inceleme kapsamında yerine getirilmesi gereken hususlardır.

Bütün bu işlemler, CMK'ya göre soruşturma evresini oluşturmaktadır. İdari mercilerce yapılan ön inceleme bu evreye eşittir. Buna göre, şüpheli hakkında ifadesi alınmaksızın rapor düzenleme imkânı yoktur. Bu maddenin gerekçesinde de, hakkında inceleme yapılan kamu görevlisinin ifadesinin mutlaka alınmasının gerektiği belirtilmektedir⁹⁹.

4483 sayılı Kanun uyarınca ön inceleme ve bunun sonunda verilecek olan izin verme veya izin verilmesine yer olmadığına karar verme hususu belli sürelerle kayıtlıdır. Zira 4483 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre, savcı tarafından talep edilen soruşturma izninin ön inceleme dâhil en geç 45 gün içinde verilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan usuli işlemlerde zaman iyi kullanılmalıdır. Kanunda belirlenen süreleri aşmamak şartıyla ilgililerin istinabe usulüyle ya da yazılı olarak ifadelerinin alınması mümkündür. Duruma göre istinabe yolu da tercih edilebilecek ise de, zamanı iyi kullanma bakımından hakkında ön inceleme yapılan kamu görevlilerinin ya da ifadesine başvurulacak diğer kişilerin ifadelerinin mahallinde alınması yöntemi tercih edilebilir¹⁰⁰. Kişi başka bir yerde bulunmakta ve eğer durumuna göre sağlık vb gerekçelerle kişinin gelmesi ciddi zaman kaybına yol açacak ise bu durumda zorunluluk olmamakla birlikte, oraya giderek ifade alınması da düşünülmelidir

b. İhbar eden veya şikâyetçi dinleme

Ön inceleme görevlisi imkân olduğu ölçüde en önce şikâyetçi dinlemesi gerekir. Suçu haber veren kişi, şikâyetçi ise suçtan zarar gören ve memurun cezalandırılmasını isteyen kimsedir¹⁰¹. Şikâyetçinin ifadesini ayrıntılı olarak alıp, delillerin nelerden ibaret olduğu, ne şekilde suçtan zarar gördüğü, şikâyetçi ise şikâyetinin devam edip etmediği açıklattırılmalıdır. İfade için çağrı şekli ve çağrıya uymaması halinde ne yapılması gerektiği ve ifade alma usulü konusunda CMK'daki ilgili hükümler uygulanacaktır¹⁰².

Ön inceleme görevlisi şikâyetçi CMK'nun 233. maddesi uyarınca çağrı kâğıdı ile çağırır. 234. maddede belirtilen hakları kendisine hatırlatılır. Ayrıca bu davete uymamaları halinde 235. maddedeki işlemlerin uygulanabileceği

⁹⁹ TOZMAN, s. 143

¹⁰⁰ İÇDELER-SUNTAY, s. 23

¹⁰¹ AKKAN, s. 81

¹⁰² ÇETİN, s. 461-462

ihbar edilmelidir. Davete uymamaları halinde 235. madde uyarınca işlem yapılır¹⁰³.

c. Hakkında ön inceleme yapılan kimsenin dinlenmesi (savunma)

4483 sayılı Kanun'un 6. maddesinde, ön inceleme görevlilerinin “*hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesini de almak suretiyle yetkileri dâhilinde bulunan gerekli bilgi ve belgeleri*” topladıktan sonra rapor düzenleyecekleri belirtilmiştir. Bu hükme göre, hakkında ön inceleme yapılan kimsenin ifadesinin alınması gerekmektedir. Başka bir deyişle ön inceleme görevlisinin takdir hakkı bulunmamaktadır¹⁰⁴.

Danıştay 2. Dairesi, çok sayıda kararında ön inceleme raporu düzenlenebilmesi için hakkında ön inceleme yapılan kişinin ifadesinin alınması zorunluluğunu vurgulamıştır¹⁰⁵. Ancak, 2. Daire bir kararında, bunların ifadeleri alınmaksızın ön inceleme raporu düzenlenmesini, raporun hazırlanışında bir eksiklik olarak değerlendirmemiştir¹⁰⁶.

İdari soruşturma yapan merciler, ön incelemeyi yaparken kamu görevlisinin ifadesine başvuracaktır. Çünkü 4483 sayılı Kanun bir soruşturma veya kovuşturma organı olmadıkları halde idari mercilere ifade alma yetkisi vermiştir. Bu ifade alma sırasında CMK 147 ve 148. maddelerinin uygulanması gerekir. Hakkında ön inceleme yapılanın ifadesine başvurulduğunda ona susma hakkı ve müdafiden yararlanma hakkı gibi savunmaya ilişkin haklarının tanınması gerekir. Zira bu aşamadan sonra soruşturma izni kararı çıktığı takdirde bu aşamada alınan ifade de bir şekilde aleyhine kullanılacaktır. Bu nedenle, kişiye isnat edilen suçla ilgili savunma hakkının sağlanması

¹⁰³ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 296; AKKAN, s. 81

¹⁰⁴ PINAR, s. 286-287

¹⁰⁵ Danıştay 2. Dairesi “4483 sayılı Kanununun 6. maddesine göre, hakkında ön inceleme yapılanların ifadelerinin alınmasından ve gerekli bilgi ve belgelerin toplanmasından sonra ön inceleme raporu düzenlenmesi zorunlu olduğu halde, haklarında soruşturma izni istenen sanıkların ifadeleri alınmadan ön inceleme raporu düzenlendiği anlaşılmakla, itirazların kabulü ile İçişleri Bakanlığının usul yönünden kaldırılmasına, ön inceleme raporu düzenlenmesi görevi verilen İçişleri Bakanlığı kontrolörü tarafından ifadelerin alınması ve düzenlenen ifade tutanaklarının eklenerek ön inceleme raporu düzenlenmesi, yeniden karar verilmesi” gerektiğini belirtmiştir. Danıştay 2. D., 21.11.2000, 2000/3442-E, 2000/3907-K, Aktaran, AKYILDIZ, s. 154-221.

¹⁰⁶ Danıştay, Belediye Başkanı ile Belediye Meclis üyesi olan sanıklar, şehir dışında olduklarından kendilerine tebligat yapıp ifadeleri alınmamış ise de; soruşturma iznine ilişkin itirazlarında, usul ve esasa ilişkin iddialarını belirttiklerinden, ifadelerinin alınmamasını bir eksiklik olarak görmemiştir.(Danıştay 2. Dairesi 2000/2507 E-3511 K. sayılı kararı), Aktaran, AKYILDIZ, s. 154-221

bakımından, makul ve yeterli süre verilmelidir. 4483 sayılı Kanun'un 6. maddesinde, bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde ön inceleme ile görevlendirilen kişilerin CMK'ya göre işlem yapabilecekleri belirtildiğinden, CMK'nın 148. maddesindeki yasak sorgu yöntemlerine ilişkin kurallar, ön inceleme aşamasında alınan ifadeler bakımından da uygulanacaktır. Hakkında suç isnadı bulunan kişi CMK'nın 145. maddesine göre çağrılır, geldiği takdirde CMK'nın 147. maddesindeki hakları kullanılmasına olanak sağlamak üzere bu haklar kendisine hatırlatılarak ifadesi alınır. Ayrıca bu kimseye kendi lehine olabilecek delilleri ortaya koyması sağlanır. Sunması durumunda ön inceleme görevlisinin gösterilen delilleri de toplaması gerekir.

Müdafii, ön inceleme dosyasını inceleyebilmelidir¹⁰⁷. Danıştay 1. Dairesi, hakkında ön inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisinin müdafinin yardımından yararlanma hakkı olduğunu belirtmiştir¹⁰⁸.

Kamu görevlisinin ifadesinin alınması ile ilgili hususlarda da normal ifade alma için çağrı esaslarına uyulur. Önce, hakkında inceleme yapılan kamu görevlisine ait bilinen bir adres varsa, belirli gün ve saatte ifadesine başvurulmak için hazır bulunması 7201 sayılı Tebligat Kanunu'na göre bildirilir. Adresi bilinmiyorsa, kolluk marifetiyle adres tespiti yaptırılır. Bu şekilde saptanan adrese Tebligat Kanunu hükümlerine göre bildirimde bulunulur. İfade için yapılan çağrıda çağrılma nedeni açıkça belirtilip, gelmediği takdirde zorla getirileceği hususu da eklenir (CMK, m.145).

İlgili muhatap kamu görevlisi bildirim almaktan kaçınırsa veya tebliğ etme olanağı yoksa ya da bildirim almasına karşın belirli gün ve saatte hazır bulunmadığı takdirde, hakkında zorla getirme kararı istenebilir. Bir görüşe göre, ön inceleme bu yetkiyi savcıyı aracı kılmadan doğrudan sulh

¹⁰⁷Nitekim Danıştay 1. Dairesi'nin 18.04.1995 tarih ve E.1995/77, K.1995/76 sayılı kararında "Dairemizin... tarih vesayılı kararında da vurgulandığı gibi, Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatın 2 ve 6'uncü maddelerine yapılan yollama nedeniyle, bu kanun gereğince yapılacak soruşturmalarda, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun hükümlerinin uygulanmasının zorunlu olduğundan, anılan kanunun 11.08.1992 günlü ve 3842 sayılı Kanun'la değişik 143'üncü maddesi uyarınca müdafinin hazırlık soruşturmasına ilişkin belgeleri ve bu konuda oluşturulan dosyaların tamamını inceleme ve belge örneklerini alma hakkının bulunduğu; bu hakkını, maddenin 3'üncü fıkrası istisna kalmak kaydıyla, soruşturma amacını tehlikeye düşürebileceği kanısıyla soruşturmacının Cumhuriyet Savcısına başvurusu ve savcının bu yoldaki istemi üzerine sulh ceza hakimince verilecek kararlarla kısıtlanabileceği" sonucuna varılmıştır. Aktaran SALİHOĞLU-DEMİRKOL, s.63., AKKAN, s. 86

¹⁰⁸Danıştay 1. D.16.02.1993, E.1993/29, K.1993/26, Aktaran SALİHOĞLU-DEMİRKOL, s. 62

ceza mahkemesinden isteyebilir¹⁰⁹. Hakkında tutuklama kararı verilmesi ve yakalama emri düzenlenmesi için yeterli nedenler varsa davetiye göndermeden de hâkimden zorla getirme kararı istenebilir (CMK,m.146). 4483 sayılı Yasanın 6. maddesi gereğince CMK hükümlerine atıfta bulunulduğuna göre idari soruşturmayı yürüten yetkili veya müfettiş ya da soruşturmacı, şüphelinin ifadesinin alınmasında karşılaştığı güçlük karşısında bu maddeye dayanarak zorla getirme kararı çıkarılmasını isteyebileceği kabul edilmektedir¹¹⁰.

Bazı yazarlar, CMK'nın 146. maddesinin 7. bendinde; “Zorla getirme kararının, istem üzerine yetkili hâkim tarafından verilebileceği” hüküm altına alınmış olduğundan, ön inceleme görevlisi şüpheli, tanık, bilirkişi, mağdur ve şikâyetçinin zorla getirilmesini hâkimden isteyemeyeceğini, zorla getirme talebini Cumhuriyet savcısına iletileceğini, Cumhuriyet savcısının da bu talebi yetkili hâkimin önüne götürerek, söz konusu şahsın zorla getirilmesini isteyeceğini belirtmiştir¹¹¹.

Ancak CMK'nun 146/4. maddesinde 5560 sayılı Kanunla ile yapılan değişiklikte “zorla getirmeyi isteyen” sözcükleri fıkradan çıkarıldığından, Cumhuriyet savcılarının zorla getirme kararını verme yetkileri bulunmaktadır. Öte yandan, zorla getirme ve yakalama emri kararlarının, mahkemeye gelmeyenlerin kolluk vasıtasıyla hâkim huzuruna çıkarılması için başvuru bir yol olması sebebiyle işin tabiatı gereği zor kullanılmasını ve belli süreyle kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasını da içermesi nedeniyle cumhuriyet başsavcılığınca takip edilmesi de esas olmalıdır¹¹². Bununla birlikte, savcı

¹⁰⁹PINAR, s. 287

¹¹⁰PINAR, s. 287

¹¹¹GÖKCAN-ARTUÇ, s. 297, SALİHOĞLU- DEMİRKOL, s. 64; KARAVAIZOĞLU, s. 91

¹¹²İfade vermek üzere çıkarılan zorla getirme kararı uyarınca, şüpheli veya sanığın özgürlüğünün kısıtlanması yakalama olmadıktan, bu karara dayanarak zorla getirilen kimsenin durumu da hukukî anlamda “gözümlü alınma” sayılmasa bile hakkında zorla getirme kararı bulunan kimsenin de bunun zorunlu sınırları içinde özgürlüğünün kısıtlanmasının gerekebilir. Buradaki özgürlük kısıtlaması, yakalamadan ve onun neticesi olan gözaltına almadan farklı olmakla birlikte yetkili adli makamlarca verilen zorla getirme kararının kolluğa, çağrılan kişileri zorla getirme görev ve yetkisini veren emir niteliği taşıması, diğer bir ifadeyle bu kararın kolluğa zor kullanma yetkisi veren bir karar olması nedeniyle zorla getirme kararlarının yerine getirilmesi için gerekli önlemleri almak, kişileri gününde ve kararda gösterilen yargılamaya makamında hazır bulundurmanın kolluğun görevi olması nedeniyle zorla getirilecek kişinin, kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak yakalanarak hazır edilmesi ve hüriyetlerinden mahrum bırakıldıkları için gözaltına alınanlar hakkında yapılacak tüm işlemlerin bu kişiler için de yapılması gerekecektir. Bu itibarla şüphelinin ifadesinin alınması ya da sanığın sorguya çekilmesinin sonuna kadar devam edecek süre içinde gözaltına alınanlar hakkında yapılacak tüm işlemler bu kişilere uygulanacaktır. Ayrıca, ilgilinin yakalanmasından sonra zorla getirme kararının tebliğ edilmesinin Anayasa,

zorla getirme kararını hâkimden de talep edebilir. Önemli olan husus temel hak ve özgürlükle böylesine ilişkili bir yetkinin ön inceleme görevlisi tarafından kullanılmamasıdır.

Gerçekten de ön inceleme aşamasında, CMK'ya göre arama, dinleme, yakalama, gözaltına lama, zorla getirme gibi soruşturma konusu yetkileri kullanma yetkisinin varlığını kabul etmek, kamu görevlilerini her durumda çeşitli yetkilerin kendisine karşı kullanılmasını engellemeye çalışan 4483 sayılı Kanun'un ruhu ile çelişmektedir. Aşağıda bu konunun ayrıntılarına girecektir.

d. Tanık dinleme

Tanıklık, kamu yararının ağırlık taşıdığı toplumsal bir görev olup kişiler bu görevi yerine getirmekle yükümlüdürler.

Tanıkların bu yükümlülüklerini yerine getirmeleri için öncelikle davetiye ile çağrılmaları gerekir. Esas bu olmakla beraber yargılamada sürati sağlamak amacı ile telefon, telgraf, faks ve benzeri haberleşme araçlarından da yararlanılması uygun görülmüş ve davetin bu araçlarla da yapılabilmesi kabul edilmiştir.

Tanık; olaylarla ilgili bildiklerini anlatmak zorunda olan üçüncü kişidir. Tanıklık önemli olduğu kadar tehlikeli kanıtlama aracıdır¹¹³. Tanık, duyu organları aracılığıyla algıladığı olayı anlatan kişidir. Kural olarak herkes tanıklık yapmak zorundadır. Aksi halde adalet gerçeği ortaya çıkmaz¹¹⁴. 5271 sayılı CMK'da yalnızca hâkim ve savcı huzurunda dinlenen kişiye tanık adı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları gereğince şüpheli veya sanığın isnadı öğrenme hakkı kapsamında bulunduğunu da kabul etmek gerekir. Oransallık ilkesi uyarınca, tanıkların zorla getirilmesi için uygulanan zorlama ve özgürlük kısıtlamalarının, gelmeyen tanığın duruşmada dinlenmesini veya savcılık tarafından çağırılmışsa ifadesine başvurulmasını sağlamaya yetecek oranda bir zamanla sınırlı olması, en kısa sürede çağırılan makama çıkarılması, bu kişilerin nezarete bekletilmemeleri, bu açıdan tanıkların, kolluk tarafından ertesi günü duruşmaya getirilmek için bir gün öncesinden şüpheli veya sanık gibi gözaltına alınması uygulamasının oransallık ilkesine ve Anayasanın 19 uncu maddesindeki kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ihlaline aykırılık teşkil edebileceği unutulmamalıdır. Birlikçiler hakkında da tanıklara ilişkin kurallar uygulanmalıdır. Mağdur ve şikâyetçiler bakımından da aynı kurallar geçerli sayılmalı ve amaca uygun olarak yorumlanmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz., ÇAKMAK, Seyfullah, Yakalama Emri ve Zorla Getirme Kararının Hukuksal Açıdan Değerlendirilmesi, Adalet Dergisi, Yıl 98, Şubat-2006, Sa. 27, s. 177-179

¹¹³ YAŞAR, Osman, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, I. Cilt, Madde 1-156, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 447-448

¹¹⁴ SOYASLAN Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, b. 4, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 429

verilmiş olduğundan kolluk önünde dinlenen kişilerin faaliyetine tanıklık değil, “bilgi alma” adı verilebilir¹¹⁵.

Uyuşmazlık konusu maddi gerçeğin kuşkuya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkartılarak uyuşmazlığın çözüme kavuşmasını ve gerekiyorsa ceza yaptırımını ile karşılanmasını sağlamak için yapılan ceza yargılaması faaliyeti sırasında başvuru araçlarından olan kanıtların bir türü de tanıklıktır. Öğretide tanıklar, “*tarafaların dışında uyuşmazlık konusu olay hakkında suç muhakemesinde beş duyuları aracı ile öğrendiklerini yargıca bildiren, kişiler*” olarak tanımlanmıştır.¹¹⁶ Buna göre, yargılama makamı, gerek suçun kanıtlanmasında, gerekse suçu ve cezayı etkileyen hallerin var olup olmadığı hususunda tanık anlatımlarından kanıt olarak yararlanabilecektir.

Son soruşturma aşamasında kural olarak sözlü yöntemle dinlenecek olan tanığa tanıklığından önce adı, sanı, yaşı, işi ve oturduğu yer sorulacak, gerekirse tanıklığına ne dereceye kadar güvenilebileceği hakkında yargıcı aydınlatacak hallere yönelik ve özellikle sanık veya mağdurla olan ilişkilerine dair sorular yöneltilecek, hazırsa sanık da gösterilip, tanıklık edeceği dava hâkim tarafından kendisine anlatıldıktan sonra bildiklerini söylemeye davet olunacak, gerektiğinde önceden verdikleri beyanla son anlatımı karşılaştırılacak, aykırılık varsa nedeni, denetlenir düzeyde sorgulanıp aydınlığa kavuşturulacaktır. Keza tanıklık ettiği olayın aydınlanması ve anlattıklarının yeterince takdiri için gerek mahkeme üyeleri, gerekse sanık ve müdafii ile Cumhuriyet savcısının isteği üzerine kendisine sorular da sorulabilecektir.

Görüleceği üzere, Usul Yasasındaki bu düzenlemeler, hem yargılama makamı hem de yargılamanın diğer sùjelerinin, kimi yasalarda öngörülen ayrıksı durumlar dışında, tanıklık yapan kişinin kimliği ve bir kısım özelliklerini kuşkuya yer bırakmayacak biçimde bilmelerini ve böylelikle tanıklığının güvenilirliğini denetleyebilmelerini sağlamayı amaçlamaktadır¹¹⁷.

Ön inceleme görevlisi, tanığı CMK'nın 43. maddesi uyarınca önce çağrı kâğıdı ile tebligat yaparak çağırır. Çağrı kâğıdında “*mazeretsiz olarak gelmediği takdirde zorla getirileceği ve gelmemesinin sebep olduğu giderleri ödeyeceği*” hususu şerh olarak yazılması gerekir. Tanık usulüne uygun

¹¹⁵ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, b. 9, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 360

¹¹⁶TOSUN, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt I, İstanbul, 1984, s. 742

¹¹⁷Bkz., YCGK., 11.10.2005 6MD/40-114

çağrıldığı halde geçerli bir mazereti olmaksızın gelmemiş ise CMK'nın 44. maddesine göre, zorla getirilebilir. Tanığın geçerli bir mazereti var ve bunu bildirmişse, (*örneğin sağlık raporu gibi*) bu durumda zorla getirme uygulanmayıp, yeniden usulüne uygun olarak çağırılması gerekir.

Çağrının teknolojinin sağladığı gelişmelerden yararlanarak örneğin telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi yollarla yapılması da mümkündür. Yalnız çağrı kâğıdı ile yapılan davete gelmemesinin sonuçları, bu hallerde uygulanmaz, yani kişi zora getirilemez. Tanık, dinlenmeye geçilmeden önce hangi konuda ve kiminle ilgili tanıklık yapacak ise bu hususta kendisine bilgi verilir. Tanığa tanıklıktan hakkı hatırlatıldıktan sonra tanıklık edeceği konulara ilişkin bildiklerini söylemesi istenir.

CMK'nın 58/2. maddesi uyarınca, tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması, kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaktır; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler muhafaza edilir.

Bu bakımdan, ön inceleme görevlisinin tanığın ve hakkında ön inceleme yapılanın beyanlarını bizzat alması esastır. Ancak, herhangi bir sakıncanın bulunmadığı hallerde, hakkında ön inceleme yapılanın ve tanıklardan bazılarının soruşturma mahallinin dışındaki yerlerde bulunmaları, zaman kazanma ve tasarruf tedbirleri gibi nedenlerle şüpheli ve tanıkların bulunduğu yerdeki Cumhuriyet savcısı¹¹⁸, bir başka denetim elemanı veya daire amirleri eliyle sözü edilen kişilerin ifadesinin alınması mümkün olduğu belirtilmiştir¹¹⁹. Kanaatimizce bu aşamada ön incelemecinin Cumhuriyet savcısını istinabe yetkisi bulunmamaktadır. CMK'ya göre istinabe, aynı yetki ile donatılmış merciler arasında söz konusu olabilir.

¹¹⁸Bu konuya ilişkin olarak 2547 sayılı Kanun çerçevesinde bir suç hakkında "*ilk soruşturma*" ile görevlendirilen soruşturmacıya Bayburt Cumhuriyet Başsavcılığının vermiş olduğu 2002/6458 sayılı ve 9.2.2002 tarihli cevabı ilginçtir. Bayburt'ta ikamet eden kişinin ifadesinin alınması için, Erzincan'daki bir muhakkik tarafından gönderilen bir istinabe yazısına karşılık olarak Bayburt Cumhuriyet başsavcılığı, "*Mevzuatımızda yer alan istinabe ve talimat işlemlerinin uygulanmasında istinabe ve talimat işlemini yerine getirenin kendisinden talepte bulunan mahkeme veya Cumhuriyet Başsavcılığının yerine aynı yetkiyle hareket ettiği anlaşılacak yapılan idari soruşturma niteliğindeki soruşturmada Cumhuriyet Savcılığının soruşturmaya katılıp ifade almasının ilgili kanuni düzenlemelere ve 4483 sayılı Kanun'a aykırı düşeceği görülmekle talebiniz yerinde görülmemiş olup*" diyerek, istinabe yoluyla ifade almayı reddetmiştir, Bkz., ÇAĞLAYAN, s.120, dipnot: 48.

¹¹⁹SAHİN, Faruk, "Ön İnceleme Yapmakla Görevlendirilen Kişilerin Yetki ve Sorumlulukları", SD, Ekim-Aralık 2004, Sa. 55, s. 103; Aktaran AKKAN, s. 83

aa. Tanıklıktan çekinme

Kural olarak, olay hakkında bilgi ve görgüsü olan herkes bu olayla ilgili bilgi ve görgüsünü yetkili makamlarla paylaşmak, tanıklık yapmak zorundadır. Tanıklıkta ifadenin kapsamına gelince, tanık ilke olarak eğer tanıklıktan çekinmesini gerektiren durumlar yoksa sorulan hususlarda bildiklerini söylemek zorundadır. Ancak, bazı hâllerde bu zorunluluk kişinin bağlı olduğu aile bağlarından kaynaklanan gerçeklere veya bazı mesleki, sosyal ve psikolojik durumlarla çelişebilir. Nitekim kendisinin veya bir yakınının cezalandırılması sonucuna götürecek zorunluluk, tanığı yalan beyana zorlama anlamını taşıyacaktır. Oysa tanıklık gerçeğin öğrenilmesi için bir araçtır. Bunun en iyi şekilde elde edilmesi, samimi, doğru tanıklıkla gerçeğe ulaşılması gerekmektedir. Yemin bunu sağlamaya yarayan bir araçtır. Bu şekilde tarafsızlığı sağlamaya çalışılır. Bazı özel haller sebebiyle, tarafsız olmayacağını bile bile kişiyi tanıklığa mecbur tutmak bu gerçeklerle bağdaşmayacağı için bu kimselere tanıklıktan çekinme olanağı tanınmıştır¹²⁰.

Kural olarak, olay hakkında bilgi ve görgüsü olan herkes bu olayla ilgili bilgi ve görgüsünü yetkili makamlarla paylaşmak, tanıklık yapmak zorundadır. Ancak Yasada tanıklık yapmasının kişinin kendi iç dünyası bakımından çelişkiye sürüklenmesi nedeniyle sağlıklı ifade veremeyeceği anlayışından hareketle, o kişinin kendisinin özel, ailevi ya da mesleki durumu sebebiyle bazı haller dikkate alınmış ve tanıklığa zorlanmaması benimsenmiştir. Tanıklık yapmaması olağan karşılanan bu hallerde kişi tanıklığa zorlanamaz. Bu hükümlerin amacı ceza yargılamasının temel ilkesi olarak kabul edilen maddi gerçeği doğruya en yakın ve adaletli şekilde bulabilmeye yöneliktir. Kişinin bazı hallerde tanıklığa zorlanması halinde yalan söyleyebileceği ve bunun da maddi gerçeği bulmayı zorlaştırabileceği kabul edilmiştir¹²¹.

bb. Tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler

CMK 45. maddesinde akrabalık nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkı olanlar sayılmıştır. Hakkında ön inceleme yapılan kişinin; nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile karısı veya kocası, kan hısımlığı veya kayın hısımlığından üstsoy ve altsoy, üçüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) kan hısımlığından yansoy hısımlığı ile evlilik bağı kalmasa bile üçüncü dereceye kadar bu derece dâhil kayın hısımlığından yansoy hısımlığı, evlâtlığı veya evlât edineni bu kapsamdadır.

¹²⁰GÖKCAN-ARTUÇ, s. 299

¹²¹GÖKCAN-ARTUÇ, s. 299

Ön inceleme görevlisi tarafından, tanıklıktan çekinebilecek olan kimseler dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebileceklerinin bildirilmesi gerekir. Maddede tanıklıktan çekinmenin isteğe bağlı olduğu açıkça belirtilmiştir. Yasada öngörülen kurala uymadan yani, tanıklıktan çekinme hakkı hatırlatılmadan alınan ifadeler delil olarak değerlendirilemez.

CMK 45. maddesinin 2. fıkrasında da ayırtım gücüne sahip olmama nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkı olanlar belirtilmiştir. Buna göre, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olmasından dolayı tanıklıktan çekinmenin anlamını kavrayamayacak kişilerin dinlenmesi için yasal temsilcilerinin rızasının alınması gerekir. Eğer o olayda şüpheli veya sanık durumundaki kişi yasal temsilcinin kendisi ise çekinme hususunda karar veremez¹²².

CMK 46. maddesinde de mesleğinden kaynaklanan sır saklama yükümü nedeniyle tanıklıktan çekinme durumları düzenlenmiştir. Buna göre, üç meslek grubu bakımından belirli koşullarla tanıklıktan çekinme kabul edilmiştir. Burada tanıklıktan çekinme hakkının verilmesi kişilerin sahip olduğu meslekî sırların korunması amacına yöneliktir. Ön inceleme görevlisi tarafından, bu kimselere dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebileceklerinin bildirilmesi gerekir.

Bu kapsamda ifade edilen meslek gruplarına göre konuyu irdelemek gerekirse öncelikle avukatların durumunu açıklayalım. Avukatlık sıfatı veya yüklendiği yargı görevi nedeniyle elde ettiği bütün sırları korumak zorundadır. Bu nedenle avukatlar veya stajyerleri veya yardımcıları, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi nedeniyle öğrendikleri sırlar hakkında tanıklıktan çekinmesi gerekmektedir. Avukatın müvekkili ile haberleşmeleri de meslekî sır içindedir. Avukatın elde etmiş olduğu bilgiler meslekî sıfat dolayısıyla veya yargı görevi nedeniyle elde edilmiş değilse bu bilgiler bakımından tanıklıktan çekinme kabul edilemez.

İkinci olarak, hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensupları, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ile bunların yakınlarına ait öğrendikleri sırlar hakkında tanıklıktan çekinebilmeleri kabul edilmiştir.

Son olarak, malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin, hizmet verdikleri kişilerin, sıfatları dolayısıyla öğrendikleri sırları hakkında, tanıklıktan çekinebilecekleri belirtilmiştir.

¹²²GÖKCAN-ARTUÇ, s. 300

Madde gerekçesinden de anlaşıldığına göre avukatlar, stajyerleri veya yardımcılarının tanıklıktan çekinmeleri kesin bir zorunluluktur. Bunlar ilgilinin rızası bulursa bile yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgilerde tanıklık yapamazlar. Ancak diğer 2 ve 3. meslek grupları için ilgilinin rızası varsa, çekinme zorunlu değildir¹²³.

CMK 48. maddesinde ise devlet sırrı nedeniyle tanıklıktan çekinme durumu ele alınmış olup, devlet memurları ve diğer kamu görevlilerinin, görevleri nedeniyle öğrendikleri ve saklamakla yükümlü oldukları devletin güvenliği veya temel dış yararlarına ilişkin sırlar hakkında, ne gibi koşullarla tanıklıkta bulunabilecekleri Kanunda gösterilmiştir¹²⁴. Devlet sırrı; açıklanması, devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek, anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike oluşturabilecek nitelikteki bilgilerdir¹²⁵.

Bu bağlamda ilgililerin tanık sıfatıyla dinlenmeleri sırrın ait olduğu makam âmirinin iznine bağlıdır. İzinsiz tanıklık yapan memurun fiili sırrın ifşası olarak kabul edilir ve eylemin durumuna göre TCK'nın 257. Maddesi çerçevesinde görevi kötüye kullanma suçu olarak da değerlendirilebilecektir¹²⁶.

CMK'nın 47. maddesinde, devlet sırrı niteliğindeki bilgilerde tanık dinlemek için münhasır yetkinin mahkemeye ait olduğu belirtilmekte, Cumhuriyet savcısının bile bu yetkiye sahip olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, devlet sırrı niteliğindeki bilgiler için, ön inceleme görevlisinin tanık dinleyemeyeceği kabul edilmelidir¹²⁷.

cc. Tanığa yemin verilmesi

Kural olarak, tüm tanıklar dinlenmeden önce, CMK'nın 55. maddesindeki şekilde yemin etmek zorundadırlar. Ancak bazı kimseler yemin etme zorunluluğunun kapsamında değildir. CMK'nın 50. maddesine göre, bazı kimseler mutlak olarak yeminsiz dinlenir. Bunlar: a) Dinlenme sırasında on beş yaşını doldurmamış olanlar. b) Ayırt etme gücüne sahip olmamaları nedeniyle yeminin niteliği ve önemini kavrayamayanlar. c) Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlardır.

¹²³GÖKCAN-ARTUÇ, s. 300

¹²⁴GÖKCAN-ARTUÇ, s. 301

¹²⁵GÖKCAN-ARTUÇ, s. 301

¹²⁶YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 266

¹²⁷GÖKCAN-ARTUÇ, s. 301

Diğer yandan, CMK'nın 50. maddesinde gösterilen kişilerin (akrabalık veya yeminin önemini anlama konusunda ayırtım gücüne sahip olmayanlar) yeminden çekinme hakkı vardır. Bunlar tanıklıktan ve yeminden çekinmezlerse, yemin verip vermeme konusunda takdir hâkime aittir. Ancak kişi tanıklıktan çekinme hakkı olduğu halde tanıklık yapmak istemekle birlikte yeminden çekinme hakkını kullanmak isterse o kişi yeminsiz olarak dinlenir.

CMK'nın 54. maddesine göre yemin verme yetkisi yalnızca hâkime tanınmıştır. İstisna olarak bu yetkinin ceza soruşturması yapmakla yetkili Cumhuriyet savcısına verildiği görülmektedir. Ön inceleme aşamasında henüz bir ceza soruşturması başlamış kabul edilmediği için ön inceleme görevlisinin tanık dinlerken yeminli olarak dinleme yetkisi bulunmamaktadır¹²⁸. Bazı yazarlar da¹²⁹ “işlemin idari olması nedeniyle, tanığın yeminsiz olarak dinlenebileceğini” kabul etmektedir. Bu nedenle ön inceleme görevlisinin tanıkları yeminsiz olarak dinlemesi gerekir¹³⁰.

CMK'nın 60. maddesine göre yasal olarak geçerli bir nedeni olmadan tanıklıktan veya yeminden çeken tanık bazı yükümlülüklerle katlanmak zorundadır. Bu kişi hakkında tanıklıktan çekinmesinden kaynaklanan giderlere hükmedilmekle beraber, yemininin veya tanıklığının gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilinceye kadar ve her hâlde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsine karar verilebilir. Tanıklığa ilişkin yükümlülüğüne uyması halinde, disiplin hapsine son verilir.

Kanaatimizce, ön inceleme görevlisi, soruşturduğu olay hakkında bilgisi olduğunu bildiği bir kimsenin gelip yasal hakkı olmadığı halde tanıklıktan

¹²⁸GÖKCAN-ARTUÇ, s. 301

¹²⁹Aktaran, KARAVAIZOĞLU, s. 93; ÇETİN, s. 462; PINAR, s. 440

¹³⁰Danıştay'a göre, Kanunlarda Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatın uygulanacağı belirtilen hallerde, yeni durumda yürürlükte bulunan 4483 sayılı Kanuna bakılması; dolayısıyla ön inceleme ile görevlendirilen kişilerce 4483 sayılı Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Ceza Muhakemesi Kanununa göre işlem yapabileceklerini öngören 6 ncı maddesinin dikkate alınması gerekmektedir. Buna göre, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca üniversite personeli hakkında yetkili kurul tarafından verilen kararın cezai soruşturma niteliğinde olması ve bu karara esas olan soruşturma raporunu hazırlamakla yetkili kılınan soruşturmacının, bu kapsamda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan yetkileri kullandığı hususunda tereddüt bulunmaması nedenleriyle, anılan Kanunun 54 üncü ve 55 inci maddelerine göre tanıklara yemin ettirilerek ifadelerinin alınması gerektiğini belirtmiştir. Bkz., Danıştay 1.D, 30.6.2015, 2015/1057 E-2015/1083 K. sayılı kararı. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca yapılan soruşturmaların 4483 sayılı Kanun'dan farklı olarak savcının tamamen devre dışı kaldığı “cezai soruşturma niteliğinde olması” göz önüne alındığında tanıkların yemin ile ifadelerinin alınması doğaldır. Ancak bu durum, 4483 sayılı Kanun kapsamında görevlendirilen ön inceleme görevlisi için geçerli olduğu anlamına gelmez.

çekindiğini görürse, Cumhuriyet savcısı aracılığı ile hâkimden, disiplin hapsi uygulanması karar verilmesini isteyebilir. Tek başına bu yetkiyi kullanamaz. Çünkü soruşturma izni verilmesine yetecek derecede yetkilerin kullanılması esastır¹³¹.

2.3. Bilirkişiye başvurma

a. Genel olarak

Bilirkişilik kurumu, soruşturmaların hızlı, etkin ve güvenilir yürütülmesi açısından hayati bir öneme sahiptir.

Bilirkişi, çözümü uzmanlığı, özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda bilgi ve düşüncesine başvurulmuş ve bir ispat sorunun çözümünde uzmanlığından yararlanan ve ispat sorununu çözmekle görevli kişilere yardımcı olan kişidir. Bu nedenle, bilirkişi olmanın başta gelen koşulu, uzmanlık seviyesinde özel bilgi sahibi olmaktır¹³².

Bilirkişinin görüşüne başvurulmuş konu ile ilgili gerekli uzmanlık veya özel ve teknik bilgiye sahip olup olmadığı hususunun araştırılarak denetime olanak verecek biçimde belgelendirilmesi önem arz etmektedir. Bununla birlikte özellikle genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenilmemelidir.

CMK'nın 64. maddesine göre, il adli yargı komisyonu tarafından her yıl bilirkişi listeleri düzenlenmektedir. Ön inceleme görevlisi, bilirkişiyi mümkün oldukça bu listelerden seçmelidir.

Ön inceleme görevlisi de, çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren konu ile karşılaşınca, bilirkişi dinleyebilir. Bilirkişi incelemesi yaptırılmasına ilişkin ön inceleme görevlisi tarafından verilen kararda, cevaplandırılması uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren sorularla, inceleme konusu ve görevin yerine getirileceği süre belirtilir. Bu süre, işin niteliğine göre otuz günlük ön inceleme süresi göz önünde tutularak tespit edilir. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre, bilirkişinin istemi üzerine, kendisini atayan görevlinin gerekçeli kararıyla uzatılabilir¹³³.

b. Bilirkişilik yapma zorunluluğu

İl adalet komisyonlarınca belirlenen bilirkişilere, orada yemin ettikleri için, yeniden yemin verilmez. Ancak listede yer almayanlara CMK'nın

¹³¹GÖKCAN-ARTUÇ, s. 302

¹³²YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 274

¹³³GÖKCAN-ARTUÇ, s.303; AKKAN, s. 84

64/5. maddesindeki şekilde yemin verilir. İncelemesi sona erdiğinde bilirkişi tarafından bir rapor düzenlenir. Raporda yaptığı işlemleri ve vardığı sonuçları açıklar. Kendisinden istenen incelemeleri yaptığını ayrıca belirterek, imzalayıp ön inceleme görevlisine teslim eder. Yaptığı iş karşılığında, bilirkişinin emek ve zamanıyla orantılı bir ücret kendisine ön inceleme görevlisi tarafından ödenir¹³⁴.

Bilirkişi kendisine önerilen görevi kabul etme zorunluluğu yoktur. Tanıklıktan çekilmeyi gerektiren nedenler bilirkişilikten çekilmek için de geçerlidir.(CMK m. 70). Ancak belirtmek gerekir ki, bazı kişi veya kurumlar, bilirkişilik görevini kabul etmekle yükümlüdür. Bunlar, a) Resmî bilirkişilikle görevlendirilmiş olanlar ve il adli yargı komisyonlarının belirlediği listelerde yer almış bulunanlar; b) İncelemenin yapılması için bilinmesi gerekli fen ve sanatları meslek edinenler; c) İncelemenin yapılması için gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olanlardır.

Danıştay, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun, Kanunlarda Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatın uygulanacağı belirtilen hallerde bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını öngören 16 ncı maddesi ile ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişilerin, (4483 sayılı) bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre işlem yapabileceklerini öngören 6 ncı maddesi dikkate alındığında, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca üniversite personeli hakkında yetkili kurul tarafından verilen kararın cezai soruşturma niteliğinde olması ve bu karara esas olan soruşturma raporunu hazırlamakla yetkili kılınan soruşturmacının, bu kapsamda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan yetkileri kullandığı hususunda tereddüt bulunmaması nedenleriyle, bilirkişi görüşüne ihtiyaç duyması hallerinde soruşturmacının doğrudan Adli Tıp Kurumuna başvurabilmesine yasal bir engel bulunmadığını belirtmiştir¹³⁵.

2.4. Keşif Yapılması

Keşif, ispat konusunda kanaat sahibi olmak için yapılan bir araştırmadır. Bu kanaate ulaşmak için hâkim canlı veya cansız her şey üzerinde böyle bir araştırma yapabilir. Bu bakımdan her çeşit yer ve nesne üzerinde inceleme yapılabileceği gibi insanın canlı iken bedeninde veya çevresinde ya da öldükten sonra cesedi üzerinde keşif yapılabilir. Keşif işleminin yapılmasında çeşitli duylardan yararlanmak mümkündür. Keşif, görme, işitme, koklama,

¹³⁴GÖKCAN-ARTUÇ, s.303; AKKAN, s. 84

¹³⁵Danıştay Birinci Dairesi 5.11.2013 tarihli ve 2013/1203 E - 2013/1346 K. sayılı Kararı

dokunma duyularıyla gerçekleştirilebilir¹³⁶. Edinilen kanaat bir tutanakla tespit edilir.

Kural olarak keşif hâkim tarafından yapılır. Ceza soruşturması aşamasında savcı tarafından yapılabileceği gibi işin özelliği gerektirmekte ise ön inceleme görevlisi tarafından da yapılabilir. Ön inceleme görevlisinin ilke olarak böyle bir yetkisi yoktur. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan ve gerekli olan durumlarda ön inceleme görevlisi ‘olay yeri incelemesi’ yaparak bilgi toplayabilir. Ön inceleme görevlisi, kâtip olarak atadığı kimseyle hatta gerektiğinde atadığı bilirkişiyle birlikte olay yerine giderek gözlemlerine ilişkin tutanak düzenler. Olay yerinde görülenler, fotoğraf, kamera gibi araçlarla tespit edilir¹³⁷.

3. Koruma Tedbirlerinin Uygulanması

3.1. Genel Olarak Koruma Tedbirleri

Koruma tedbirleri ve bu tedbirlerin kapsamına ilişkin düzenlemeler, bireylerin hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendirmesi bakımından o ülkenin demokratik hukuk devleti ve sistemi hakkında birer ölçüt olarak kabul edilmekte temel insan hak ve özgürlüklerini çok yakından ilgilendirmesi bakımından ülke anayasalarında temel esaslarının düzenlendikleri görülmektedir. Anayasamızda da koruma tedbirlerine ilişkin önemli anayasal düzenlemeler yer almaktadır.

Kısıtlanmakta olan hakka bağlı olarak, koruma tedbirlerinin birkaç türü belirlenebilir: “aa.Kişisel özgürlükleri etkileyen zorlayıcı tedbirler (tutuklama, gözaltı, kefaletle salıverme), bb.Diğer kişisel hakları etkileyen zorlayıcı tedbirler (araç kullanma, belli bir meslek faaliyetini yürütme veya herhangi bir kamu görevinde bulunma hakkından yoksun bırakma, oturulan meskenden zorla çıkarılma ...), cc.Kişisel bütünlüğü etkileyen zorlayıcı tedbirler (vücut üzerinde yapılan kan veya DNA testleri, bir sağlık kuruluşuna yatırılma ...), dd. Mülkiyeti etkileyen zorlayıcı tedbirler (mülke el konulması ...), ee.Mahremiyeti etkileyen zorlayıcı tedbirler(özel mülke girilmesi, kişisel kayıtların incelenmesi, kişisel iletişimin dinlenmesi ...)”¹³⁸.

¹³⁶YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 294

¹³⁷GÖKCAN-ARTUÇ, s.304

¹³⁸“Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi” Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi Ortak Projesi, Arama ve El Koyma Tedbirleri Modülü, Hazırlayanlar; Juan Carlos Da SILVA (Koruma Tedbirlerinin Genel Özellikleri), Albrecht STANGE, (AİHM Kararlarında Ortaya Konulan Temel İlkeler), Doç. Dr. Ali Kemal YILDIZ (Arama ve El Koyma Tedbirleri), s. 19

CMK kapsamında koruma tedbirleri ile ceza soruşturmasını veya kovuşturmasını sağlıklı biçimde yürütmek gayesi güdülmektedir. Ceza muhakemesi sırasında başvuru tutuklama, yakalama ve arama gibi koruma tedbirleri, bu yargılamanın sağlıklı bir biçimde yapılması, maddi gerçeği en doğru şekilde tespit edebilmek için, delillerin iyi korunması ve sonuçta verilen kararın infazını sağlamaya yönelik araçlardır. Adil yargılamanın temel gereklerinden birisi de, muhakemenin mümkün olduğunca kısa bir zamanda sonuçlandırılması ve hükmün infaz edilebilmesidir. Bu nedenle koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin yapılmasını ve bunun sonunda verilecek kararın yerine getirilmesini ve muhakeme giderlerinin karşılanmasını sağlamak için verilen ve hükümden önce temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren yasal çareler olarak tanımlanabilir¹³⁹.

Bu özellikleri nedeniyle koruma tedbirleri uygulanmaksızın bir ceza soruşturmasını veya kovuşturmasını sağlıklı biçimde yürütmek pek kolay ve mümkün olmayacaktır.

3.2. Koruma Tedbirlerinin Özellikleri ve Ön Şartları

a. Koruma tedbirlerinin özellikleri

Koruma tedbirlerinin özellikleri bunların vasıta olmaları ve geçici özellik göstermeleridir. Koruma tedbirleri, kendi başına bir anlam ifade etmeyen, muhakeme boyunca eski durumu yaşatmak veya verilecek kararın yerine getirilebilir olmasını sağlamak için kullanılan birer vasıta niteliğindedir¹⁴⁰. “Geçici oluş” ise koruma tedbirleri kural olarak geçicidir, daha açık bir deyişle bir yaptırım türü değildir. İstenilen amaca ulaşıldığında kendiliğinden sona erer. Böylece muhakeme daha kolay yapılabilir, verilecek kararın infazı sağlanabilecektir¹⁴¹.

b. Koruma tedbirlerinin ön şartları

Koruma tedbirlerinin ön şartları ise gecikmede tehlike, haklı görünüş ve orantılılık olarak ifade edilebilir. Koruma tedbirlerine ancak gecikmesinde tehlike, sakınca bulunan hallerde başvurulabilir. Bu tehlike olmadan koruma tedbirlerinin uygulanması, gereksiz yere hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sonucunu doğurur. Gecikmezlik durumundan söz etmek için tehlikenin

¹³⁹ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, b. 1, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.311

¹⁴⁰KUNTER, Nurullah – YENİSEY, Feridun, NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, b.14, Arıkan Yayınevi, İstanbul Mart 2006, s. 756; GÖKCAN-ARTUÇ, s. 610

¹⁴¹ÖZBEK, s. 311; GÖKCAN-ARTUÇ, s. 610

muhtemel bir zarar doğurma ihtimalinin ötesinde olması gerekir. Herhangi bir muhtemel tehlike yeterli sayılmaz, somut bir tehlikenin varlığı aranır. Derhal müdahale edilmediği takdirde korkulan zararın meydana gelmesi ihtimalinin varlığını makul bir surette kabul ettirecek müşahhas ve fiili unsurlarla belirlenen bir tehlike söz konusu olmalıdır¹⁴².

CMK'nun arama ile ilgili 119, iletişimin tespiti ve dinlenilmesiyle ilgili 135 ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesiyle ilgili 139. maddelerinde “*gecikmesinde sakınca bulunan hal*” sözcükleriyle; gözaltının düzenlendiği, 91. maddede “*bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olması*” ibareleri ile bu durum vurgulanmıştır¹⁴³. Pek çok koruma tedbirinde de “*kuvvetli şüphe*” den bahsedilmektedir (m. 100, 116, 128, 133, 135, 139, 140). Tüm bu hususlara riayet edilmesi haklı görünüş ilkesi ile açıklanır¹⁴⁴.

“*Gecikmesinde sakınca bulunan hal*” deyiminin anlamı Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinde ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde açıklanmıştır. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinde, derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâlini; Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde ise; (a) Adli aramalar bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini; (b) Önleme aramaları bakımından, derhâl işlem yapılmadığı takdirde, millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini ifade etmektedir.

“*Haklı görünüş*” ise koruma tedbirine başvurulmasında kesin haklılık halinin aranması değil görünüşte haklılık oluşturacak makul gerekçelerin olmasını gerektirir. Başvurulmaması halinde oluşacak kayıpların önlenmesi için başvurulması kabul edilmektedir. Bunlar bir tehlike tedbiri olduğundan, bir

¹⁴²KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 757; GÖKCAN-ARTUÇ, s. 610

¹⁴³GÖKCAN-ARTUÇ, s. 610

¹⁴⁴ŞAHİN, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku, b. 5, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 273

hakkın tehlikede olmasını gerektirir. Ancak hakkın bulunup bulunmadığının araştırılması zaman alacağından ve koruma tedbirindeki yakın tehlike gecikmeye müsaade etmediğinden, önleme tedbirinden farklı olarak haklı görünüşle yetinme zorunluluğu vardır¹⁴⁵.

Orantılılık ise hak ve hürriyetlerden kısıntı olarak ödenen bedel ile bir yandan korkulan zararın ağırlığı, bir yandan da zarar ihtimalinin kuvveti arasında, ihtiyacın gerektirdiği ölçüde ikili bir denge aranmasıdır¹⁴⁶.

3.3. 4483 sayılı Yasaya Tabi Kimseler Açısından Uygulama Sorunu

Görevi sebebiyle bir suç işlediğinde koruma tedbirleri ne zaman ve hangi koşullarda uygulanacaktır? “Ön inceleme ile savcı aynı yetkilerle donatılmamıştır. Savcı, yürüttüğü bir soruşturma sonucunda dava açıp açmamaya karar verebilecektir. Ancak ön inceleme görevlisinin böyle bir yetkisi yoktur. Ön inceleme görevlisi, sınırlı yetkiye sahiptir. Çerçevesi soruşturma buyruğudur. Cumhuriyet savcısı için ne bir buyruk ne de bir sınırlama söz konusu değildir. Ön inceleme görevlisinin işin mahiyeti icabı doğrudan koruma tedbiri yetkilerini kullanması birçok sorunu ortaya çıkarır. Hâkimden doğrudan karar istemesi ve bu talebin reddi halinde yasa yolu açık mıdır? Açıkça kim başvuracaktır? Karar verilmesi durumunda soruşturmanın dış yönetim birimleriyle yazışma yetkisinin boyutu ne olacaktır? Gerektiğinde bunu soruşturma emri veren yetkilinin yapıp yapamayacağı hususları bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴⁷.

4483 sayılı Kanun’un 6. maddesine göre, ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişiler, bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerine sahiptir.

Ayrıca ön inceleme görevlileri, ön inceleme yaparken öncelikle 4483 sayılı Kanun hükümlerini uygulamaları, orada hüküm bulunmayan durumlarda 5271 sayılı CMK’ya göre işlem yapmaları gerekmektedir. Ancak, bu yetkinin idari soruşturma sonunda yapılacak değerlendirme bakımından gerekli olduğu ölçüde benzer usul işlemlerini yapabilmesi olarak anlaşılması gerekir. Aksine CMK’ya yapılan atıftan kaynaklanan yetkiden, Cumhuriyet savcısının kolluk ve hâkime karşı çeşitli tedbir ve isteklerde bulunma konusunda sahip olduğu soruşturma yetkilerinin tümünü içerdiği sonucu çıkarılamaz¹⁴⁸.

¹⁴⁵KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 759; GÖKCAN-ARTUÇ, s. 611

¹⁴⁶KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 760; GÖKCAN-ARTUÇ, s. 611

¹⁴⁷SELÇUK, Memur Yargılaması Hakkında, s. 111

¹⁴⁸GÖKCAN-ARTUÇ, s. 295

Bu halde ön inceleme aşamasında CMK'da düzenlenen koruma tedbirlerine ilişkin yetkiler nasıl kullanılacaktır. Öncelikle, 4483 sayılı Kanun'un 4/1. maddesi uyarınca ihbar veya şikâyeti alan Cumhuriyet savcısı ivedilikle toplanması ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespit edecektir. Soruşturma izni için başvuru yapmadan önce zorunlu olan arama, dinleme gibi koruma tedbirlerine başvurmak gerekli ise, bunlar uygulanarak bu deliller Cumhuriyet savcısı tarafından toplanır. (Soruşturma izni için gönderildikten sonra savcının koruma tedbirlerine bu aşamadan sonra başvurması gerekir.)?

Ön inceleme yetkilisi ise kendisinin bizzat toplayabileceği veya istinabe suretiyle başka yerdeki idari mercie toplatabileceği delilleri toplar. Ancak hâkimden CMK'da düzenlenen koruma tedbirlerini doğrudan isteyemeyeceği kabul edilmektedir¹⁴⁹. Ön inceleme aşamasında koruma tedbirlerine başvurmak gerekli olursa, savcıcıyı aracı kılarak hâkimden gerekli kararı alması gerekir. 4483 sayılı Kanun'un 4/1. maddesinde Cumhuriyet savcısına “*ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespit*” yetkisi verildiğine göre, ön inceleme görevlisinin bu aşamada da Cumhuriyet savcısından bu konuda istemde bulunarak gereken arama, el koyma gibi tedbirler için karar alması düşünülmelidir. Zira aksi düşünülerek tedbir talebini doğrudan hâkimden isteyebileceği ileri sürülse dahi, ön soruşturma görevlisinin Cumhuriyet savcısının yetkilerine sahip bulunmaması nedeniyle, adli kollukla yazışması ve tedbir kararlarının infazını temin etmesi de mümkün olmayacaktır. Bu bakımdan belirtilen aşamada Cumhuriyet savcısı aracılığı ile bu tedbirlere başvurulması kanuna uygun bir çözüm olarak kabul edilmelidir¹⁵⁰.

¹⁴⁹GÖKCAN-ARTUÇ, s. 611 vd.

¹⁵⁰GÖKCAN-ARTUÇ, s.614-615; Mahkemelerce veya hâkim tarafından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca verilecek, 74'üncü maddede düzenlenen gözlem altına alınma, 94'üncü maddede öngörülen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişilerin, en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılmadığı ve serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hâkim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanması, 98'inci ve 199'uncu maddelerde düzenlenen yakalama emri, 101'inci maddede düzenlenen tutuklama, 110'uncu maddede düzenlenen adli kontrol, 119'uncu maddede düzenlenen arama, 127'nci maddede düzenlenen el koyma, 135'inci maddede düzenlenen iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (137'nci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkrasında açık bir şekilde bu kararların takibinin, soruşturma kapsamıyla ilgili olmayanların imhası ve kişilere sonucu hakkında yazılı bilgi verilmesinin cumhuriyet savcısının yetkisi dâhilinde olduğu, 138'inci maddede tesadüfen elde edilen deliller bulunduğu takdirde muhafaza altına alınacağı ve durumun cumhuriyet savcılığına derhâl bildirileceği belirtilmiştir.), 140'nci maddede düzenlenen teknik araçlarla izleme (maddenin dördüncü fıkrasında açık bir şekilde cumhuriyet savcısının yetkili olduğu belirtilmiştir.), 146'ncı ve

Gerçekten de temel hak ve özgürlüklerin önemli bir parçası olan yakalama ve gözaltına alma, el koyma, arama, zorla getirme, adli kontrol ve tutuklama, iletişimin denetlenmesi gibi koruma tedbirlerine ancak Anayasa uyarınca açıkça ve şartları kanunla belirtilmek suretiyle müdahale edilebilir (*Anayasa m. 13*). Kanunda açık bir düzenleme yoksa kıyas yoluyla o işleme başvurup delil edilemez. Gerek koruma tedbirleri gerekse savcıya özel yetki veren düzenlemeler (*fizik kimliğin tespiti m. 81, gözaltı m.91, olay yeri incelemesi PVSK m. Ek 6, yüzleştirme PVSK m. Ek 6 gibi*) bağlamında yapılan işlemler de temel hak ve özgürlüklere bir müdahale niteliği taşımaktadır. Kanunla sınır ve çerçevesi çizilmiştir¹⁵¹.

Hal böyle iken görevi “*soruşturma izni*” verip vermeme konusunda karar verecek olan yetkili mercie rapor sunmak ve bu çerçevede yetki kullanmaktan ibaret olan ön inceleme görevlisinin henüz bu aşamada pek çoğu hakkında başvurulabilmesi için “*son çare*”, “*zorunluluk*”, “*somut delil*” ve “*kuvvetli şüphe*” kriterleri aranan koruma tedbirlerine başvurusunun uygun olmadığına altını çizmek gerekir. Koruma tedbirleri soruşturma aşamasında bile uygulanması sıkı koşullara bağlanmış olan tedbirlerdir. Bu aşamada yapılan işe, idari bir incelemeden ibaret olup soruşturma olmadığına göre, ancak soruşturmada yapılabilecek ve sıkı koşullara bağlanmış tedbirlere de -savcı vasıtasıyla da olsa- başvurulmaması gerekir. Ön incelemenin amacının ve ön incelemecinin yetkilerinin sınırlı olduğu unutulmamalı; O halde, koruma tedbirlerine başvurmak gibi yetkileri kullanmaya elverişli olmayan bu aşamada, bir soruşturma açılmasına gerek olup olmadığı hususunun araştırılmasına yetecek nitelikte işlemler yapılmakla yetinilmelidir.

D. SONUÇ

Ön inceleme, kamu görevlilerinin soruşturulması kapsamında idari makamlar tarafından yerine getirilen ve neticesinde idari disiplin yaptırımı veya adli bir yaptırım uygulanması için soruşturma açılması ya da incelenen

199’uncu maddelerde düzenlenen zorla getirme kararları, CMK 75 ve 76’ncı maddelerde düzenlenen şüpheli, sanık ve mağdurun beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına, 76’ncı maddesinde düzenlenen kadının muayeneye gönderilmesine ve 78’inci maddede düzenlenen moleküler genetik incelemelerle ilgili mahkeme kararları (mahkemelerce kişilerin sevk edilmek suretiyle doktor raporlarının aldırılması ve vücudundan örnek alınması talepleri), 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 36’ncı maddesi uyarınca infaz edilmesi gereken nitelik taşımaları sebebiyle Cumhuriyet başsavcılıkları aracı kılınmak suretiyle yapılmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Sekreterliği’nin tüm Cumhuriyet başsavcılıklara gönderdiği 25/03/2011 ve B.03.1.H SK.07.0.12.04-045.02-6-2011/31/3099 sayılı duyurusu

¹⁵¹ŞAHİN, s.107

konunun soruşturulmasına gerek olup olmadığı biçiminde bir kararı vermek üzere yürütülen bir idari incelemedir. İddia konusu edilen eylemin durumuna göre, eylemin gerçekliğini, mahiyetini, çerçevesini ve genel hatları ile delillerin neler olduğunu araştıran idari bir inceleme ve araştırma mahiyetindedir¹⁵².

Ön inceleme görevlisinin görevinin belli bir çerçevesi vardır. Onun görevi, tüm kanıtları eksiksiz toplamak veya ek deliller elde edip kamu davası açacak kadar dosyayı olgunlaştırmak değildir. Burada maksat, bir suçun varlığına ilişkin iddianın ve eylemin durumuna göre ilgili hakkında yargılama yapılmak üzere soruşturma açılmasına değer nitelikte olup olmadığı konusunu takdir etmeye yetecek bir araştırma yapmaktır.

Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat, memurlar hakkında yapılacak ilk soruşturmayı idarî makamlara bırakan bir sistem idi. Dolayısıyla savcı yerine geçerek yapılan bir hazırlık soruşturması idi. Yeni 4483 sayılı Kanunda ise sistem değişikliğine gidilip izin sistemi getirildiği için bu aşamada yapılan işlem bir soruşturma değil, soruşturmaya geçilip geçilmeyeceğini belirleyen inceleme mahiyetindedir. Zaten soruşturmanın getirdiği olumsuz sonuçlardan zarar görmemesi için soruşturmaya gerek olup olmadığını tayin edebilmek için böyle bir güvence niteliğinde süzgeç öngörölmüş bulunmaktadır.

Ön inceleme, ceza yargılamasında soruşturma evresine dâhil bir soruşturma işlemi olmayıp soruşturma öncesi bir idari aşamadır. Bu inceleme sonucunda soruşturma aşamasına geçilmesine yer olup olmadığını değerlendirecek olan yetkili mercide suç isnadının ciddi olup olmadığı ve bu doğrultuda izin verilip verilmemesi konusunda kanaat oluşturmak için yapılmaktadır. Ceza soruşturması ise bir suça ilişkin eylemlerin araştırılması ve bunun varlığının delillerle tespiti halinde mahkemeye hitaben düzenlenecek iddianame ile neticelenen suç soruşturmasını ifade eder.

Bu iki kavram ve kurum birbirinden tamamen farklı esas ve usullere tabidir. Çoğu zaman birbirini tamamlayan bu iki müessese çoğu yönlerden birbirinden farklılık göstermektedir. Yapılmakta olan soruşturma ya da incelemenin niteliğine göre, aralarında delil elde etme ve koruma tedbirleri gibi istisnai ve ancak suç soruşturmasında cumhuriyet savcıları ve hâkimler

¹⁵²Ön inceleme; 4483 sayılı Kanunun uygulanmasına ilişkin hazırlanan İçişleri Bakanlığı Yönergesinde kapsamına giren memur ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılan ihbar ve şikâyete konu olan eylem ve işlemlerinin hukuki durumunun tespiti amacıyla yapılan inceleme ve soruşturma çalışmaları olarak tanımlanmıştır. http://hukuk.icisleri.gov.tr/ortak_icerik/hukuk/BİRİNCİ_BÖLÜM.pdf

tarafından kullanılabilir bazı yetkilerin kullanımı bakımından da farklılık olması da pek tabiidir.

Ön inceleme görevlisinin yetkileri çerçevesinde asıl üzerinde durulması ve sınırlarının tam belirginleştirilmesi gereken konu, koruma tedbirlerinin uygulanmasıdır. Diğer yetkilere göre kişi haklarını daha çok ihlal etmeye elverişli olan koruma tedbirleri, en temel insan haklarına açık bir müdahale niteliğinde olması sebebiyle daha fazla önem taşır. Ceza soruşturması bağlamında başvuru koruma tedbirleri istisnai işlemlerdir. Dolayısıyla, asıl kural bunlara zorunluluk olmadıkça başvurulmasıdır. Anayasa ve diğer yasalarda kişilerin sahip olduğu hakları kullanmakta özgür olduğu ifade edilmiş olup ceza soruşturması kapsamında başvuru koruma tedbirleri bunların birer istisnasıdır. Bu bakımdan, kanunda açık hüküm olması halinde başvurulmalı ve uygulaması katı bir yoruma tabi tutulmalıdır. Diğer bir ifadeyle mutlaka kanunla açıkça imkan tanınan hallerde ve yetki verilen organlar tarafından uygulanmalıdır¹⁵³.

Genel olarak özetlemek gerekirse, koruma tedbirlerinin uygulanmasında bir kısım ölçüler aranmaktadır: Her şeyden önce bunlara her zaman değil, sadece gecikmesinde sakınca bulunması halinde ve başka surette delil elde edilmesinin imkânsız olması durumunda başvurulacaktır. Koruma tedbirlerine başvurulduğunda bu yola başvurmada en azından görünüşte haklılık bulunması ve bu tedbire başvurulması neticesinde elde edilecek yarar ile bu tedbirlerin kişi üzerinde etkileri bakımından orantılılık ilkesinin gözetilmesi gerekir. En önemlisi de başvuru usulü ve yetki bakımından temel hak ve özgürlükleri yakından ilgilendirmesi itibarıyla bu tedbirlere hâkim kararı ile başvurulması, istisnai bazı durumlarda Cumhuriyet savcısının talimatı ile uygulanması bile bunun da hâkim onayına sunulması zorunluluğu aranmaktadır.

Anayasa'nın 19. maddesi ve CMK'nın ilgili maddelerindeki düzenlemeler karşısında; bu yetkilerin, ceza muhakemesinde suç soruşturması öncesi aşamada cereyan eden idari inceleme aşamasındaki işlemler sırasında hâkim ve savcı olmayan idari görevlilerce kullanılması yerinde olmayacaktır. Bunun kabul edilmesi, anayasal koruma ve güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerin, hukuk devletinin olmazsa olmazı niteliğinde bulunan temel hak ve hürriyetlerin korunması ilkesinin zedelenmesine yol açacak ve bu durum Anayasa ve ceza yargılamasının temel ilkelerine aykırılık teşkil edecektir.

¹⁵³“Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi” Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi, Arama ve El Koyma Tedbirleri Modülü, s. 14

Kısaca, koruma tedbirleri bir hakkın sınırlandırması sonucunu doğurur ve bu bakımdan koruma tedbirlerinde kanunilik ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla, koruma tedbirlerine ilişkin hükümleri kıyas yoluyla genişletmek mümkün değildir. Kanunla düzenlenmemiş bir konuda koruma tedbirlerine ilişkin yasal çerçevenin dışına çıkılıp kıyas yoluyla genişletme anlamına gelecek uygulamaya gidilmesi ve ön inceleme görevlisinin bunları uygulaması doğru olmayacaktır.

Öte yandan, AİHM'nin verdiği kararlar çerçevesinde değerlendirildiğinde, devletlerin kamu görevlilerine isnat edilen iddialar ile ilgili etkin soruşturma yürütme zorunluluğunu yerine getirme yükümlülüğü altında oldukları görülmektedir(Bozkır ve Diğerleri/Türkiye §56, 24589/04). AİHM'ne göre etkili soruşturma yapmak yükümlülüğü soruşturmanın tam ve etkin yapılmasını, kişilerin temel haklarını korumayı sağlamaya yönelik soruşturma ve yargılama yapılması zorunluluğunu gerektirir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sadece yalın bir soruşturmanın varlığını yeterli görmemekte, bu soruşturmanın belli nitelikleri haiz olmasını aramaktadır. Aksi halde etkili soruşturma yükümlülüğü yerine getirilmediğinden ihlal kararı verebilmektedir.

Bu kapsamda etkin soruşturma bakımından dikkat edilmesi gereken hususları şöylece özetlemek mümkündür:

İlk olarak, soruşturma yapmakla sorumlu olan kişilerin bağımsız ve tarafsız olması gerekmektedir. Bu bağımsızlık ve tarafsızlık, hem hukuken güvence altında olmayı; hem de uygulamada da bunun pratikte karşılığının olmasını gerektirir. 4483 sayılı Kanun'da öngörülen mevcut sistemin bu özellikleri karşıladığını ifade etmekten çekekten zordur.

İkincisi, suç faillerini ortaya çıkarmaya ve cezalandırmaya imkân veren, kamu görevlisinin suçlandığı olaya dair her türlü delili güvence altına alan yeterli ve etkili bir soruşturmanın varlığı aranmaktadır.

İdareye kusur atfedilebilir bir olayda buna sebebiyet veren ve sorumluluğu olduğu iddia edilen kamu görevlileri hakkında yapılacak cezai soruşturmasının 4483 sayılı Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca idari izne bağlı olması ve bu Kanun sebebiyle oluşan cezasızlıklar ya da gecikmeler AİHM tarafından ihlal gerekçesi sayılmaktadır¹⁵⁴. Özellikle kamu görevlilerinin neden olduğu iddia

¹⁵⁴Örnek kararlar için bkz., AYM'nin 17.09.2013 tarihli Bayram Oteli Kararı-başvuru no:2012/752, AİHM'in Hrant DİNK kararı (Dink/Türkiye, 2668/07, §81)

edilen taksirle ölüme neden olma olaylarında bu durum daha fazla karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan, kamu görevlilerine isnat edilen ve yaşama hakkını ilgilendiren olaylar bakımından etkin soruşturmaya ciddi önem verilmeli; bu bağlamda, etkin soruşturma yürütmeye engel sayılabilecek durumlardan kaçınılmalıdır. Dolayısıyla, soruşturmaları gereksiz olarak uzatan prosedürlerden arındırılmış etkin bir soruşturma gerçekleştirilebilmesi için soruşturma öncesi “izin prosedürü” kaldırılmalıdır.

Kamu görevlilerine isnat edilen eylemler sebebiyle bir anlamda devletin de kusurlu olduğu, bir bakışa göre devletin de suç işlediği anlamına geldiği için¹⁵⁵ ilgili kamu görevlisi hakkında yapılacak soruşturma doğal olarak devletin istemeyeceği bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.

Üçüncüsü, soruşturma derhal başlatılmalı ve makul bir hızda yürütülmelidir. 4483 sayılı Kanun, ön incelemecilerin vasıfları, yetkileri, süreler ve itiraz usulü bakımından da bu nitelikleri karşılamamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 4483 sayılı Kanuna ilişkin kararları bulunmakta ise de belirtmek gerekir ki, bu kararlar bu sistemin doğruluğunu, yeterliliğini insan hakları yönünden değerlendirmekten ziyade kanuni düzenlemenin anayasa hükümlerine uygunluğunun denetlenmesinden ibaret olup bazı yönleri itibarıyla tartışmaya açıktır. Bu itibarla, Kanun’un olumsuzluklarının ifade edilmesine ve kaldırılmasını savunan düşüncelere katılmaya engel teşkil etmemelidir. Gerçekten, ön inceleme görevlileri idari hiyerarşi içinde yer almakta olup bunların üstlerinin emri ile hareket etmeleri sebebiyle etkiye açık olmaları kaçınılmazdır. Bir çok soruşturmada soruşturma izni veren üstlerin de bir sonraki aşamada kusur atfedilebilir duruma gelmeleri de ihtimal dahilinde olmasını göz önüne aldığımızda bu etkileme girişiminin olması doğaldır. Ayrıca genellikle hukuk eğitimi almadıkları için ceza soruşturması tecrübesine sahip olmayan kişiler olmaları yönüyle eleştirilmelerine¹⁵⁶ haklılık tanımak gerekir. Oysa ön inceleme konusu irdelendiğinde de görüleceği üzere ön inceleme görevlisine verilen yetkilerin çoğu hukuki teknik bilgiyi gerektiren hususlardır.

Hukuk devletinin en temel yapıtaşı ve omurgası olarak nitelenen kuvvetler ayrılığı ilkesi uyarınca yargı görevinin yürütmeden bağımsız olarak yerine getirilmesi gerekir. Yargı görevi, idareye bırakılamayacağından, yargı alanını daraltan ve idareyi güçlü kılan bu tür düzenlemeler kuvvetler ayrılığı ilkesi ile çatışmaktadır. AİHS’nin 6. maddesinde ele alınmış bulunan adil ve

¹⁵⁵ SOYASLAN, s. 490

¹⁵⁶ SOYASLAN, s. 491

tarafsız bir mahkeme önünde yargılama ilkesine de aykırılık teşkil ettiği için eleştirilmekte¹⁵⁷, aynı zamanda kanun önünde eşitlik ilkesi bakımından da sorunlu bulunmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu güvence sisteminin bir zorunluluktan da kaynaklandığı hususlarına da katılmak mümkün değildir. Zira hukuk devleti ilkesine önem veren ve kuvvetler ayrılığı ilkesini demokrat bir olgunluk içinde özümsemiş olan uygar ülkelerde bu sistem terk edilmektedir.

Sonuç olarak, bu Kanun, Anayasa'nın 129. maddesine uygun olsa da, çağdaş evrensel hukuk anlayışına aykırıdır. Dolayısıyla, öncelikle bu Kanun'un anayasal dayanağı olan Anayasa'nın 129. maddesinin son fıkrası yürürlükten kaldırılmalı ve daha sonra bu Kanun'un uygulamasına son verilmeli, ön inceleme ve izin sisteminden vazgeçilmelidir.

KAYNAKÇA

AKKAN, Tahir Murat, 4483 sayılı Kanun'a Göre Memurların Yargılanmasında İdari Süreç, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilimdalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009

AKYILDIZ, Ali, Memur Yargılamasında İdari Süreç, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), C. 5, Sa. 1-2 (Haziran-Aralık 2001), s. 154-221, (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/5_7.pdf, erişim 27.07.2015).

AKYILMAZ, Bahtiyar-SEZGİNER, Murat - KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, b. 4, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013

ALBAYRAK, Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu-Öz Kitap, b. 7, Adalet yayınevi, Ankara 2012

ALTIPARMAK, Kerem, "Van Depreminin Hukuktaki Artçıları, Anayasa Mahkemesi'nin Bayram Oteli Kararı", TESEV Yayınları, <http://www.tesev.org.tr/assets/publications/file/15012014105617.pdf>, erişim 28.07.2015

ASLAN, Onur Ender: "Memurların Yargılanması Hakkındaki Yeni Yasa Üzerine Düşünceler", Amme İdaresi Dergisi, C. 33, Sa. 1, Mart 2000, s.59-77

¹⁵⁷SOYASLAN, s. 492

AVCI, Mustafa, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme”, AÜEHFD, C. XI, Sa.3-4, (2007), s. 273-294

BAŞEL, Ebubekir, “Memurlara Özgü Yargılama Sistemi ve Gerekliliği”, HUKAB Dergisi, Nisan-Haziran 2013, Sa. 5, <http://www.hukabdcağlayan.com>, Ramazan, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması İlişkin 4483 Sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme”, AÜEHFD, C. VII, Sa.1-2, (Haziran 2003), s. 105-128

ÇAKMAK, Seyfullah, “Yakalama Emri ve Zorla Getirme Kararının Hukuksal Açısından Değerlendirilmesi”, Adalet Dergisi, Yıl 98, Sa. 27, s. 168-195

ÇETİN Erol, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, Eda Matbaacılık, Ankara 2000

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, b. 3, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005

EREN, Abdurrahman, “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat ile Onu Yürürlükten Kaldıran Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun”un Karşılaştırılması”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C.55-3, s. 55-79

GÖKCAN, Hasan Tahsin-ARTUÇ, Mustafa, Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, b. 10, İmaj Yayınevi, Ankara 2013

İĞDELER, Serdar-SUNTAY, Yusuf, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Uygulanması”, Türk İdare Dergisi, Sa. 426, 2000, s.1-35.

KARAVAIZOĞLU, Türker, 4483 Sayılı Kanun’un Öngördüğü Soruşturma Usulleri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İSTANBUL 2010

KINALITAŞ, Vahit-ASLAN, Fethi, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hukuku, Türkiye Kamu-Sen Yayınları, Ankara 2003

KUNTER, Nurullah - YENİSEY, Feridun - NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, b. 14, Arıkan Yayınevi, İstanbul Mart 2006

MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı-Gerekçeli Memur Yargılaması, Adil Basımevi, Ankara, 2000

MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı-Gerekçeli Memur Yargılaması, Malkoç Kitabevi, Ankara 2006

MUMCU, Uğur: “Türk Hukukunda Memurların Yargılanması”, AÜHFD, C.23, S.1-4, 1971, s.133-182

LİVANELİOĞLU, Ömer Asım, “ Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Eleştirisi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 57, (2000) Sa: 2, s. 33-43

ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, b. 1, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005

ÖZEK, Çetin, “Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi”, ÜHFM, C.XXVI, S.1-4, 1960, s.34-85.

ÖZTÜRK Bahri, “Memurların, Özel Bir Yargılama Usulüne Tabi Olmasının Sakıncaları ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.1, S.1, 1978, s.56-62

ÖZTÜRK Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, b. 9, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006

ÖZTÜRK, Bahri - ERDEM, Mustafa Ruhan - ÖZBEK, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş b. 5, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000

PINAR, İbrahim, 4483 sayılı Kanuna Göre Memur Suçlarında İdari ve Adli Soruşturma Usulleri, b. 2, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003

SALİHOĞLU, Enver-DEMİRKOL, Selami, 4483 Sayılı Kanun ile Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Öncesi Aşamaya İlişkin Usul ve İşlemler, b. 2, Beta Yayınları, İstanbul 2005

SELÇUK, Sami, Memur Yargılaması Hakkında, TÜSİAD Yayınları, İstanbul, Ocak 1997

SELÇUK, Sami; “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat’ın Değerlendirilmesi”, Prof. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını,

No:716, İstanbul, 1998, s.299-326

SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, b.4, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010

ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku, b. 5, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014

TOSUN, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt I, İstanbul, 1984

TOZMAN, Önder, Türk Hukukunda Memurların Yargılanması, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2001

Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi, Arama ve El Koyma Tedbirleri Modülü, Hazırlayanlar; Juan Carlos Da SILVA (Koruma Tedbirlerinin Genel Özellikleri), Albrecht STANGE, (AİHM Kararlarında Ortaya Konulan Temel İlkeler), Doç. Dr. Ali Kemal YILDIZ (Arama ve El Koyma Tedbirleri)

YAŞAR, Osman, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, C.1, Madde 1–156, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009

YURTCAN, Erdener, “Ülkemizde Memur Yargılaması Kuralları”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000, s.371–384

YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, b. 11, Vedat Kitapçılık, Ankara 2005

ZAFER, Hamide, “4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 74, Sa. 4, Aralık 2000, 981-1013

ALEXIS DE TOCQUEVILLE'E GÖRE SİVİL TOPLUM

Murat TUMAY*
Firdevs OKATAN**

ÖZET

Sivil toplum, antik çağdan günümüze dek var olmuş bir kavramdır. Fakat anlam bakımından oldukça fazla değişikliğe uğramıştır. Sivil toplumu günümüzdeki anlamına yakınlaştıran Alexis De Tocqueville, 19. yüzyılda yaşamış Fransız bir düşünürdür. Aristokrasiden demokrasiye geçiş sürecinin yaşandığı bir devirde Tocqueville'e göre demokrasinin doğru şekilde işleyebilmesi için örgüt kurma hakkının vazgeçilmez olması gerekmektedir ve demokrasinin aksayan yanlarını düzelterek olan mekanizma sivil toplumdur.

Anahtar Kelime: Alexis De Tocqueville, Sivil toplum, Demokrasi, Örgütlenme özgürlüğü, İnsan hakları

CIVIL SOCIETY ACCORDING TO ALEXIS DE TOCQUEVILLE

ABSTRACT

Sivil society is a concept that has existed from Ancient Times to the present day. However in terms of meaning, the concept has changed quite a lot. Alexis De Tocqueville, who make the civil society closer to the meaning of today, is a French philosopher of the nineteenth century. At a time of transition from aristocracy to democracy, according to Tocqueville to process democracy properly constitutional right to association is unalienable. Furthermore, mechanism to correct the shortcomings of democracy is sivil society.

Keywords: Alexis De Tocqueville, Civil society, democracy, Freedom of Association, Human Rights

* Yrd. Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

Sivil toplum kavramı, siyaset bilimi veya insan hakları gibi alanların yanı sıra demokrasi, anayasa, adalet, eşitlik gibi konularla da yakından ilgilidir. Böylesine geniş alanı ilgilendiren bir kavramla ve onun içeriğiyle ilgili de pek çok eserin ortaya konması kaçınılmazdır. Antik çağdan günümüze kavram, içeriği bakımından oldukça değişikliğe uğramış olsa da kendisine gösterilen ilgi tükenmemiş aksine artarak devam etmiştir. Nitekim sivil toplumu anlatan, sivil toplumu tartışan, Türkiye’de ve Dünya’da sivil toplumun gelişimine değinen pek çok kitap, dergi, makale vs. karşımıza çıkmaktadır.

Asıl konumuz olan Alexis De Tocqueville’e göre sivil toplum; Tocqueville’in Amerika’da gördüğü dernek ve örgütlenme yoğunluğunun demokrasiyi güçlendirme ve devleti kontrol altında tutma gibi yararlar sağladığı kanaatine varmasıyla şekillenmiştir. Demokrasinin önemini yavaş yavaş anlaşılmağa başlandığı 1800’lü yıllarda yaşamış olan Tocqueville bir taraftan demokrasi, özgürlük, eşitlik kavramları ışığında sivil toplumun gerekliliğini, faydalarını anlatırken, diğer taraftan sivil toplum kavramını kendi düşüncesi çerçevesinde şekillendirmeye çalışmıştır.

Çalışmamızın birinci kısmında, sivil toplum kavramı üzerine bilgiler sunduktan sonra, ikinci kısım ile birlikte ünlü Fransız düşünür Alexis De Tocqueville’in bakışıyla sivil toplum konusunu ele almaya çalışacağız.

Ş I. GENEL OLARAK SİVİL TOPLUM KAVRAMI

“Sivil Toplum” kelimesi dilimize sonradan eklenmiş Batı kökenli bir kavramdır.¹Kavrama yüklenen anlam zaman içinde değişikliğe uğramış olsa da² düşüncel boyutunun gelişmesi 17. ve 18. yüzyıla dayanmaktadır.³

Sivil toplumun temellerinin atıldığı Antik Yunan’da sivil toplum ile devlet aynı anlamda kullanılırken, bir sivil toplum üyesi olmak ile yurttaş veya devletin bir üyesi olmak aynı anlamları karşılamaktaydı.⁴ Sivil topluma geçiş

¹ BOLAY, Hayri, “Sivil Toplum ve Manası”, *Yeni Türkiye*, S. 18, 1997, s.7

² İNAÇ, Hüsamettin- ERDOĞAN, Selami, “Farklı Kuramsal Perspektifler Çerçevesinde Sivil Toplum Tartışmalarının Karşılıklı Analizi”, *Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E- Dergisi*, S. 11, Ocak-2007, s. 2

³ YILMAZ, Aytekin, “ Sivil Toplum Demokrasi ve Türkiye”, ”, *Yeni Türkiye*, S. 18, 1997, s. 87; ONBAŞI, Funda, *Sivil Toplum*, L&M Yayınları, İstanbul, Ekim 2015, s. 13

⁴ KEANE, John, “Despotizm ve Demokrasi”, *Sivil Toplum ve Devlet, Avrupa’da Yeni Yaklaşımlar*, Der: John Keane, Çev: Levent Köker, Ayrıntı Yayınevi, Aralık 1993, s. 48, SAVRAN, Gülnur, “Sivil Toplumun Eleştirisi”, *Yapıt Toplumsal Araştırmalar Dergisi*, S: 5 Haziran- Temmuz 1984, s: 33

doğa durumunda özgür olan insanların sahip olduğu uyumun desteklenmesi ve pekiştirilmesidir.⁵

Sivil toplum ve devlet ayrımının, devlet yapısının sivil toplumun gelişimine daha uygun olması dolayısıyla Amerika’da ortaya çıktığını söylemek mümkündür.⁶ Sivil toplum ve devletin birbirinden ayrı olması toplumun siyasi yönlendirmelerden ziyade eşitlik, özgürlük gibi önemli ilkelerden hareket etmesinin önünü açmaktadır.⁷

Sivil toplum kavramının kelime anlamı ve kapsamı konusuna geçmeden önce sivil toplumun iç içe olduğu kavram olan demokrasiden kısaca bahsetmekte yarar vardır. Demokrasinin Abraham Lincoln tarafından yapılmış ünlü tanımı şöyledir: *Demokrasi, halkın halk tarafından, halk için yönetilmesidir.*⁸ İlkçağda ortaya çıktıktan sonra tekrar yükselişi Yeniçağ aydınlanma çağına tekabül eden demokrasi, günümüzde kırılğan, kurulması ve kaldırılması bir çok etkene bağlı bir rejim olarak varlığını sürdürmektedir.⁹

Sivil toplum kavramının gelişimi konusunda Antik çağdan günümüze Aristoteles, Çiçero, Thomas Hobbes, Montesquieu, Gramsci gibi pek çok Batılı düşünür çalışmalar ve tartışmalar yapmıştır.¹⁰ Savran’a göre sivil toplum kavramı üzerindeki tartışmalar yalnızca “sivil toplum”un terminolojik anlamını ortaya koyma kaygısından öte kavramın siyasal ve ideolojik fikirlerin etkisinde kalmasından ileri gelmiştir.¹¹

A. SİVİL TOPLUM HAKKINDA

Sivil toplumu, özel bireyler tarafından oluşturulan, serbest bir şekilde örgütlenip faaliyet gösterebilen, *toplumun kolektif hayatını oluşturan*, bireyle devlet arasında yer alan *ara yapılar* olarak ifade edebiliriz. Çeşitli *etnik, dini, fikri veya hayri* nitelikteki bu topluluklarda esas olan gönüllülük ve rızadır.¹² Sivil toplum kuruluşları yardımlaşma, insan hakları, kadın ve çocuk hakları,

⁵ SAVRAN, Gülnur Acar, **Sivil Toplum ve Ötesi, Rousseau, Hegel, Marx**, Dipnot Yayınları, Ankara 2013, s. 36

⁶ KEANE, s. 49

⁷ SAVRAN, , “Sivil Toplumun Eleştirisi”, s. 40

⁸ ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi, 9. baskı, Eylül, 2012, s. 232

⁹ ERDOĞAN, s. 229-230

¹⁰ ERASLAN, Levent, **Sivil Toplum ve Eğitim (ESTK)**, Maya Akademi Yayınevi, Ekim 2011, Ankara, s. 13

¹¹ SAVRAN, s. 47

¹² YAYLA, Atilla, “**Siyasi Düşünceler Sözlüğü**”, Adres Yayınları, 2. Baskı, Ekim 2004,s. 206

çevre ve bilim teknoloji gibi pek çok alanda çalışmalar yürütüp ulusal veya uluslar arası alanda da faaliyet gösterebilirler.¹³

Sivil toplumun karşıtını oluşturan kelime bilindiği üzere askeri toplum değil siyasal toplum veya politik toplumdur. Politik toplum kavramından da basitçe devleti anlayabiliriz.¹⁴ Sivil toplum siyasal toplum şeklindeki ayırım kapitalizmin doğuşuyla birlikte ortaya çıkmıştır.¹⁵

Keane devlet ve sivil toplum arasındaki ayırma işaret eden üç farklı ana yaklaşım olduğundan bahseder. Analitik yaklaşımlar, söz konusu ayırımdan özel kurumlar veya toplumsal sistemler için bir nevi çözümleme aracı olarak faydalanmaya vurgu yapar.¹⁶ Devlet ve sivil toplum ikilisinin siyasal bir takım hedefler için destek olarak kullanıldığını savunan ikinci yaklaşımı oluştururken¹⁷ üçüncü yaklaşımda ise devlet ve sivil toplum arasındaki ayrılığın korunmasının önemi vurgulanırken söz konusu ayırımın normatif boyutu öne çıkarılmaktadır.¹⁸

Çaha'ya göre sivil toplum ideolojik topluma karşı tutum sergileyen, ideolojik toplumun toplumsal farklılık ve zenginliklere müsaade etmeyen yanını reddeden bir toplum modelini ifade etmektedir.¹⁹

Sivil toplum kavramının doğuşu devletin ortaya çıkmasıyla başlar. Modern öncesi dönemde, sivil toplum ve devlet aynı anlama geliyorken, Orta Çağ'dan itibaren kapitalizmin yükselişle birlikte sivil toplum devletten ayrılmaya hatta devletle çatışmaya başlamıştır. Bu ayrışma ve çatışmanın sebebiyse doğa halinden sonra ortaya çıkan devletin zamanla otoritesini artırıp, toplum için devlet yerine devlet için toplum anlayışına doğru yönelmesidir. Modern öncesi dönemde sağlanan yurttaş- devlet birlikteliği ve barışı, Orta Çağ'da ticaretin gelişmesiyle birlikte diğer bir deyişle paranın

¹³ ATAR, Yavuz, "Demokratik Sistemde Sivil Toplumun Fonksiyonu ve Sivil Toplum- Devlet Düalizmi", *Yeni Türkiye*, S. 18, 1997, s. 98

¹⁴ BELGE, Murat, "Sivil Toplum Nedir?", http://stk.bilgi.edu.tr/docs/belge_std_1.pdf, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi, s. 1, 10.04.13

¹⁵ BUMİN, Kürşat, *Sivil Toplum ve Devlet*, Yazarlar ve Çevirmenler Yayın Üretim Kooperatifi, İstanbul, 1981, s.11; YILMAZ, Murat, "Sivil Toplumun Kısa Tarihi ve Aktüel Bazı Meseleleri" *Yeni Türkiye*, S. 18, 1997, s. 369;

¹⁶ KEANE, John, "Giriş", *Sivil Toplum ve Devlet*, Avrupa'da Yeni Yaklaşımlar, Ayrıntı Yayınları, Der: John Keane, Çev: Levent Köker, Aralık 1993, s. 25

¹⁷ KEANE, "Giriş", s. 34

¹⁸ KEANE, "Giriş", s. 39

¹⁹ ÇAHA, Ömer, "Sivil Toplum Üstüne", *Sivil Toplum ve Demokrasi*, Kaknüs Yayınları, İstanbul, 2005, s. 15

öneminin artmasıyla birlikte kırılmaya başlamış ve “devlet- tebaa” haline dönüşmüştür.²⁰

18. yüzyıldan itibaren iktidar artık ilahi değil dünyevi kaynaklı hale gelmeye başlamıştır, bu süreçte de sivil toplumun bağımsız hale gelmesinin önemli payı bulunmaktadır.²¹

Sivil toplumun oluşum ve gelişimi birçok faktörün durumuna bağlıdır. Bunlar anayasa’da devletin yapısı, işleyiş tarzı, toplumun yapısı, ülkenin ekonomik durumu gibi çeşitlilik gösterebilir.²² Sivil toplum her ne kadar anayasalcılık ile de hedeflenen devleti sınırlandırma gayesi içinde olsa da iktidarı ele geçirmek veya siyaseti bizzat yürütmek gibi bir amacı hedeflememektedir.²³ Batı toplumlarında ortaya çıkan ve güçlenen burjuvazi ile birlikte belirginleşen toplumsal sınıf sivil toplum düşüncesinin gelişimi anlamında katkı sağlarken, 1789 Fransız İnsan ve Vatandaşlık Hakları Beyannameşi ile bu gelişim hız kazanmıştır.²⁴

Sivil toplumun gelişmesine dolaylı olarak katkı sağlamış gelişmelere değinecek olursak; ekonomik liberalizmle birlikte siyasi liberalizmin gelişmesi ve bu gelişim ile birlikte genel oy hakkının yaygınlaşması, yurttaşlık bilincinin gelişmesi, örgütlenme hakkının tanınması gibi imkanları belirtmekte fayda olacaktır.²⁵

B. SİVİL TOPLUMUN YERİNE GETİRDİĞİ İŞLEVLER

Sivil toplum demokrasinin gerçek anlamda işlemlerini sağlayan bir mekanizmadır. Sivil toplumun görevi; devlete, devletin toplum için var olduğunu ve vekâletin yurttaştan alındığını hatırlatmaktır.²⁶ Sivil toplum varlığını sürdürebilmek için demokratik topluma ihtiyaç duyarken İdeal devlet diyebileceğimiz sivil toplumun gelişmesinin önünü açan devlet, her şeyden önce kutsal olanın kendisi değil, birey hak ve özgürlükleri olduğunun farkına varmış olan devlettir.²⁷ Bir ülkede demokrasinin kurulması, yerleşmesi

²⁰ YILMAZ, Murat, s. 368-372

²¹ BUMİN, Kürşat, s. 21

²² YILMAZ, Aytekin, s. 87

²³ YILDIRIM, İbrahim, **Demokrasi, Sivil Toplum Kuruluşları ve Yönetişim**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak-2004, s. 48

²⁴ ONBAŞI, Funda, s. 14

²⁵ ONBAŞI, Funda, s. 14-15

²⁶ HOCAOĞLU, Durmuş, “Sivillik ve Demokrasi”, **Yeni Türkiye**, S. 18, 1997, s. 106-108

²⁷ AKTAN, Coşkun Can, “Sivil Toplum İçin İdeal Devlet”, **Yeni Türkiye**, S. 18, 1997, s. 190

ve gelişmesi sivil toplumun gelişip gelişmediğiyle yakından ilgilidir. Ayrıca özgürlükler de sivil toplumun gücüne bağlı olarak var olabilmektedir.²⁸

Toplumun parçası olan bireyler, kendilerini çeşitli ilgi ve çıkar alanlarının merkezi olarak gördükleri konularda, daha etkin olmayı sağlayacak dayanışmaya ulaşmak için aralarında birleşip sivil toplum kuruluşlarını oluştururlar. Bireyin esas olduğu bir toplumda, kişiler arasındaki eşitlik ön planda olduğundan ortak amacın çıkarı doğrultusunda çalışmak zorunluluğu ortaya çıkar. Oluşan bu kuruluşlar, seçim ve grev gibi yöntemlerin dışında, devletin ve yerel yönetimlerin temsilcileri ile iletişime geçerek ya da onlara baskı yaparak amaçlarına varmaya çalışırlar. Bireyin tek başına politikacıyla ya da iktidar temsilcisi ile pazarlığa girerek sorunları halletmeye çalışması yerine, bireylerin eşit katkı ve sorumlulukları ile kurulmuş sivil toplum kuruluşlarının bu görevi üstlenmesi daha doğru olacaktır.²⁹

Sivil toplum menfaatlerin savunulması adına bir ortam oluşmasını sağlarken, rayında işleyen bir sivil toplum daha çoğulcu ve katılımcı bir toplum olacaktır. Sivil toplum kuruluşları siyasal kurumlarla bağlantı halinde olduğundan halktan kopuk bir siyasetin önüne geçilmiş olacaktır. Ayrıca sivil toplum kuruluşları yeniliklere uyum sürecinde de destek sağlamaktadır.³⁰

Sivil toplum devletin karşısında toplum lehine bir muhalefet oluştururken, toplumun taleplerinin üst mercilere iletilmesini sağlar. Kamusal ahlak ilkeleri oluşturulması ve uygulanması konusunda da sivil topluma önemli görevler düşmektedir. Bunların dışında sivil toplum kuruluşlarının birbirleriyle etkileşime geçmeleriyle de demokratik bir tartışma ve dayanışma ortamı oluşmuş olacaktır.³¹

Sivil toplum kuruluşlarını sivil toplum içindeki konumunu sivil toplumun “meyveleri” olarak nitelendirmek mümkündür. Bu kuruluşlar içerisinde yer aldıkları toplumdan beslenerek, yine içerisinde yer aldıkları topluma yararlıklar sağlayan bir döngüyü oluşturmaktadırlar.³²

²⁸ YILMAZ, Aytakin, s. 89

²⁹ YERASİMOS, Stefanos, “Sivil Toplum, Avrupa ve Türkiye”, **Türkiye’de Sivil Toplum ve Milliyetçilik**, İletişim Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2011, s. 13

³⁰ ATAR, s. 99-100

³¹ GENÇKAYA, Ömer Faruk, “Demokratikleşme ve Sivil Toplum İlişkisi Üzerine Bir Not”, **Yeni Türkiye**, S. 18, 1997, s. 104

³² YILDIRIM, Murat, “Sivil Toplum ve Devlet”, **Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C: 27, No: 2, Aralık 2003, s. 226

Ş II. ALEXIS DE TOCQUEVILLE’NİN SİVİL TOPLUMA YAKLAŞIMI VE GETİRDİĞİ YENİLİKLER

Tam adı Alexis Charles Henri Maurice Clerel De Tocqueville’dir. 1805 yılında Verneuil’de dünyaya gelen Fransız düşünür meslek hayatına Versailles’da stajyer hakim olarak başlar. Görevi sırasında Amerika’daki hapisaneleri incelemek amacıyla bu ülkeye gider. Bu ziyaret onu günümüze kadar taşıyan kitabı “Amerika’da Demokrasi”nin kaleme alınmasına vesile olacaktır.³³

Tocqueville, aristokrat bir Norman ailesinin içinde büyümüştür. Aristokrasiden demokrasiye geçiş evresinin yaşandığı 1800’lü yılların başına tanıklık etmiş olan düşünür her iki rejimi de karşılaştırma fırsatını yakalamıştır. Her ne kadar aristokrat bir aileden gelse de, ülkesi Fransa’da yaşanan demokrasi ve eşitlik mücadelesine de kayıtsız kalamamıştır. Fransa’da sürekli tehditlerle karşılaşan ve kesintiye uğrayan demokrasinin aksine, Amerika’da barışçıl ve eksiksiz işleyen bir demokrasinin hüküm sürdüğünü gören düşünür bu farkın nelerden kaynaklandığını araştırmak ve bir karşılaştırma yapmak üzere Amerika’ya gider.³⁴

A. ALEXIS DE TOCQUEVILLE’İN GENEL OLARAK SİVİL TOPLUMA YAKLAŞIMI

Tocqueville Amerika’nın, doğup büyüdüğü Fransa’dan farklı ve olumlu yönlerinden bahsederken iki önemli duruma işaret etmiştir. Birincisi Fransa’daki monarşik egemenliğin aksine A.B.D.’de anaaysal demokrasinin hakim olması, ikincisi ise A.B.D.’de güçlü merkezi yönetim oluşturmak yerine yerinden yönetimlere önem verilip, gücün tek merkezde toplanmasının engellenmiş olmasıdır.³⁵ Her iki faktör de Amerika adına sivil toplum için gereken zemini hazırlamıştır.

Tocqueville; Amerikalıların karşılaştığı hemen her problemi bir vakıf veya dernek kurarak aşmaya çalıştığını gözlemlemiştir. Sivil toplum bilincinin bu denli gelişmiş olmasını da insanların aristokratik rejimlerdeki durumun aksine eşit olmaları sayesinde bir araya gelerek güçlenebileceklerini fark etmelerine ve devlete olan bağımlılığını böylece azaltmış olmalarına bağlamaktadır.³⁶

³³ TOCQUEVILLE, Alexis De, **Amerika’da Demokrasi**, Çev. İhsan Sezal- Fatoş Dilber, Yetkin Yayınları, 1994, s. 13

³⁴ TOCQUEVILLE, s. 28-35

³⁵ SCHMİDT, Manfred G., **Demokrasi Kuramlarına Giriş**, Çev. M. Emin Köktaş, Vadi Yayınları, 1. Basım, Ekim-2001, s. 79

³⁶ TAMER, s. 98-99

Tocqueville'e göre sivil toplum “çoğulcu örgütlenmeler sistemi” diyebileceğimiz ve ihtiyaçlara çözüm bulabilmek, devletin baskıcı davrandığı durumlarda müdahale edebilmek, demokrasinin korunmasını sağlamak gibi faaliyetleri içeren esasen toplumun kendini korumak adına oluşturduğu bir güvencedir.³⁷ Ona göre sivil toplumun amacı bir düşünceyi yaymak ve güçlendirmektir.³⁸

B. ALEXIS DE TOCQUEVILLE’İN SİVİL TOPLUM KAVRAMINA GETİRDİĞİ YENİLİKLER

Tocqueville, devletin yalnızca özgürlük ve eşitliğe önem vermesini yeterli görmez aynı zamanda sivil toplumun oluşmasına da ortam sağlaması gerektiğini ifade eder.³⁹ Çünkü ona göre örgütlenme özgürlüğü bireysel özgürlükler kadar önemlidir. Hatta öyle ki örgütlenme özgürlüğüne yapılacak bir müdahalenin toplumu da derinden sarsacağını ifade etmiştir.⁴⁰

Tocqueville’in Amerika’da gördüğü örgütlenme biçimini o zamanın⁴¹ Avrupa’sından ayıran önemli farklar vardır. Örneğin; Amerika’da azınlıkta kalan kesim diğerlerine kendilerinin de var olduğunu göstermek ve güçlerini ortaya koymak için bir araya gelirken Avrupa’ya baktığımızda çoğunluğun karşısında kendini ezilmiş hisseden ve buna karşı mücadele etme yolunu seçen bir örgütlenme dikkati çekiyor. Avrupa’da bir araya gelen insanların yaptıkları tartışmaların sonuçları hayata geçirilemezken Amerika’da olumlu, umutlu ve barışçı bir örgütlenme alanı kendini gösterir.⁴²

Tocqueville sivil toplumun demokrasi için vazgeçilmez olduğunun altını çizmiş ve demokrasinin ihtiyacı olan toplumun güveni, eşitliği ve toplumla uzlaşmanın sivil toplum sayesinde gerçekleşebileceğini savunmuştur. Ayrıca sivil toplum kavramını; devletten, siyasi partiler ve yerel yönetimler gibi siyasetle iç içe kurumlardan ayırmak suretiyle ayrı bir örgütlenme alanı olarak ifade etmiştir.⁴³

³⁷ YETİŞ, Mehmet, “Tocqueville, Demokratik Devrim ve Sivil Toplum”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Gelişme ve Toplum Araştırmaları Merkezi Tartışma Metinleri**, No.87, Ekim-2005, s. 14

³⁸ TOCQUEVILLE, s. 84

³⁹ DOĞAN, İlyas, **Sivil Toplum Anlayışı ve Siyasal Sistemler**, Barış Platin Kitabevi, 2. Baskı, 2009, s. 141

⁴⁰ TOCQUEVILLE, s. 86

⁴¹ *Tocqueville’in “Amerika’da Demokrasi” kitabını yazdığı tarihten yola çıkacak olursak 1800’lü yılların başı diyebiliriz.*

⁴² TOCQUEVILLE, s. 86

⁴³ TAMER, s. 100

Tocqueville devletin merkezileşmesinin özgürlükleri sınırlandıracağını savunmaktadır. Ona göre otoriter bir devletin müdahale edebileceği alanlar ne kadar geniş olursa, birey özgürlükleri de o kadar daralmaktadır. Birey özgürlükleriyle birlikte örgütlenme özgürlüğü de devletin baskısı altında ezilmeye mahkum olacaktır.⁴⁴

Sivil toplumda gönüllülüğün esas olduğunu vurgulayan Tocqueville'e göre hemen her konuda örgütlenmek mümkün olduğundan dolayı ülke ekonomisinin gelişmesinde dahi sivil toplumun payı büyüktür.⁴⁵

1. DEMOKRASİ İÇİN SİVİL TOPLUMUN ÖNEMİ

Tocqueville; kitabı “Amerika’da Demokrasi”de Amerika Birleşik Devletleri’nin aristokrasi gibi totaliter veya otoriter bir rejim yerine demokrasiyi benimsediğini ve bunu da sivil toplumun desteğiyle sürdürmeye çalıştığını belirtir. Bu gelişimi de oraya yerleşen göçmenlerin durumundan yola çıkarak açıklamaya çalışır. Amerika bilindiği üzere keşfedilmesinin ardından güçlü Avrupa ülkelerinin sömürgesi olarak tarih sahnesinde görülmeye başlamıştır. Yeni Dünya diye de adlandırılan bu kıtaya gelen göçmenler çeşitli sebeplerden ötürü ülkelerinden ayrılmak zorunda kalmışlardır. Fakirliğin yanı sıra başka bir takım sıkıntılar içinde olan insanlar yerleşmeye başladıkları bu toprakları benzer sebeplerle vatanlarından sürülmüş diğer insanlarla paylaşmışlardır. Bu şekilde başlayan yerleşim süreci sırasında kimsenin birbirlerine karşı herhangi bir üstünlük kurma çabası olmamıştır.

O dönemde Avrupa’da uygulanan mülkiyete dayalı aristokrasi kabul edilemez olarak görülmüş ve bu nedenle de reddedilmiştir. Bu düşüncenin gelişmesinde rol oynayan etkenlerden biri insanların eşit olduğunun benimsenmesi iken, diğer etken aristokrasinin gücünü topraktan alan bir rejim olmasıyla ilişkilidir. Şöyle ki; göçlerle gelen insanların başlattığı tarım faaliyetlerine kadar işlenmemiş olan Amerika topraklarından alınabilecek verimin düşük olması diğer bir deyişle, toprağın sadece bakıcısına yetecek kadar gelir getirmesi toprak üzerinden hem mülk sahibinin hem çalışanın geçimini sağlamasını imkansız hale getirmektedir.⁴⁶

Aristokrasinin yönetim biçimi olarak benimsendiği bir ülkede, ülkenin her türlü işiyle ilgilenenler tahmin edilebileceği gibi aristokrat yani zengin, imtiyazlı olan kesimdir. Bu durumda sıradan vatandaş için ülke yönetimine

⁴⁴ TAMER, s. 101

⁴⁵ TOCQUEVILLE, s. 172-174

⁴⁶ TOCQUEVILLE, s. 33

ilgi gösterme gereği ortadan kalkmış olur. Ancak demokraside durum farklıdır. Demokratik bir ülkede imtiyazlı kesim diye bir şey olmadığından herkes eşit derecede güçsüzdür. İşte bu noktada insanlar ancak bir araya gelerek güçlü olmayı başarabilmektedirler.⁴⁷

Demokrasinin bir gereği olan çoğunluğun egemenliği, önemli bir tehlikeyi doğurabilir. Tocqueville'e göre çoğunluğun egemenliği en mantıklı yol gibi görünse de bazen çoğunluğun istek ve eylemleri azınlıkta kalan kesime zarar verir hale gelebilir. Tocqueville bu durumu demokrasinin despotizme dönüşmesi başka bir deyişle çoğunluğun despotizmi olarak ifade etmiştir. Yasaların çoğunluğun seçtiği kimselerce çıkarılıp yine çoğunluğun seçtiği kimselerce uygulandığı bir ülkede azınlığın bütün bunlara boyun eğmekten başka çaresi kalmayacaktır.⁴⁸

Demokrasinin despotizme dönüşmesine yol açabilecek diğer faktör ise modernleşen toplumla ilgilidir. Modern toplum giderek bireylerin yalnızlaşıp içine kapandığı bir yöne doğru ilerlemektedir. Bu durumun toplum geleceği açısından tehlikelerine işaret eden Tocqueville bireyin yalnızlaşmasını "*bireyselleşme*" olarak ifade etmektedir. Bireyselleşme genel itibariyle özgür irade ve de kişinin kendi kararlarını kendi başına almasını ifade ederken, Tocqueville bu kavramı bireyin sosyal, siyasal konulara karşı ilgisizleşmesi ve de çoğunluğun aldığı kararlara uyum sağlamakla yetinmesi şeklinde olumsuz bir kavram olarak ifade etmektedir. Çoğunluğun aldığı kararlar her zaman doğru olmayabileceği gibi, hiçbir tepki bulunmadığı için keyfi uygulamalara da yol açabilecektir.⁴⁹

Tocqueville'e göre bu yeni despotizm daha önce benzeri görülmediği için sonuçlarının anlaşılması veya ortaya çıkarılması oldukça güçtür.⁵⁰ Tocqueville'nin bahsettiği türden bir despotizm, günümüz demokrasisinde çoğunluk iktidarının da sınırlarının olması ve azınlık kesimin katkıda bulunacağı hususların bulunduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁵¹

Demokrasinin karşılaşılabileceği bir diğer tehlike de anarşizmdir. Tocqueville demokrasinin tanıdığı özgürlük alanının daha da genişletilmeye

⁴⁷ TOCQUEVILLE, s, 173

⁴⁸ GÖZE, Ayferi, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Beta Basım A.Ş., 9. Bası, İstanbul-2000, s. 252,253

⁴⁹ YETİŞ, s. 14

⁵⁰ KEANE, "Despotizm ve Demokrasi", s. 75

⁵¹ SCHMİDT, s. 89

çalışılması sonucu karşılaşılabilecek bu durumun, insanlardaki “*denge ve düzen duygusu*” sayesinde sorun olmaktan çıkacağını belirtmiştir.⁵²

Tocqueville demokrasinin zayıf taraflarına karşı korunmak adına sosyal yapı için olmazsa olmaz diyebileceğimiz “*ara yapılardan*” bahsetmektedir.⁵³ Bu da bizi sivil toplum olgusuna götürmektedir.

2. BİREYİ DEVLETE KARŞI KORUYAN SİVİL TOPLUM

Devletin sahip olduğu gücün kontrolünün sağlanması adına geliştirilmiş yöntemler vardır. Bunları kısaca anayasal devlet, düzenli seçimler ve kuvvetlerin ayrılığı olarak ifade edebiliriz. Tocqueville’e göre sivil toplum diğer bir önemli faktörü oluşturur. Ona göre sivil toplum devleti toplumsal ve siyasal açıdan sınırlandırır ve denetim altında tutan en etkili yöntemdir.⁵⁴

Keane’e göre sivil toplumu yok olmanın eşiğine getirecek olan tek partinin egemenliğinin benimsendiği yönetim şeklidir. Ona göre 1980’lerin Batı Avrupa’ında devlet ve özel şirketler tarafından tehdit edilen ve hareketleri kısıtlanan sivil toplum her şeye rağmen güçlenmeye devam etmektedir.⁵⁵

Tocqueville A.B.D.’de gördüğü sivil toplum kuruluşu yoğunluğundan övgüyle söz eder. Ona göre bu durum halkın kültürünün bir yansımasıdır.⁵⁶ Amerikalı aileler çocuklarını yetiştirirken onlara zorluklar karşısında mücadeleci olmayı ve karşılarına çıkan bir sorunla baş edemedikleri takdirde yardım istemeleri gerektiğini öğretirler.⁵⁷ Bu örnekten örgütlenmenin önemini kavramış bir toplumun, bunu yeni nesillere de aktarma gayreti içerisinde olduğunu anlayabiliriz.

Dernek kurma özgürlüğü ile basın özgürlüğü arasında yakın bir ilişki vardır. Toplumun sorunlar karşısında çözüm üretebilmesi, devlete karşı düşüncelerini özgürce ifade edebilmesi ve tartışabilmesi basın organları yoluyla gerçekleşebilecektir.⁵⁸ Tocqueville’e göre bir düşünceyi ifade etmek ve yaymak üzere bir araya gelen insanların oluşturduğu örgüt basından bile güçlü bir etki yaratacaktır.⁵⁹

⁵² GÖZE, s. 252

⁵³ GÖZE, s. 255

⁵⁴ YETİŞ, s. 18

⁵⁵ KEANE, “Giriş”, s. 14

⁵⁶ DİNÇKOL, “Çoğunluk Tiranisine Karşı Bir Çözüm Yolu: Tocqueville’in Syasal Kuramı”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi*, C. 3, S. 5, 2004, s. 150

⁵⁷ TOCQUEVILLE, s. 83

⁵⁸ GÖZE, s. 256

⁵⁹ TOCQUEVILLE, s. 84

3. DEVLET, SİYASİ TOPLUM VE SİVİL TOPLUM

Tocqueville, sivil toplumu ilk kez ayrı bir örgütlenme alanı olarak ifade etmiştir.⁶⁰ Bireylerin tek başlarına büyük işleri başarabilmesinin demokratik rejimlerde pek mümkün olmadığından bahseden düşünür, böyle bir ülkede örgütlenmenin öneminin de yeterince kavranamamış olmasıyla birlikte ilkelliğe dönüşün yaşanabileceğine işaret etmektedir.⁶¹

Tocqueville'in Amerika'da Demokrasi kitabında sivil toplum, siyasi toplum ve devlet şeklinde üçlü bir ayırım ortaya koyduğunu görürüz. Yani devletin dışında siyaset ile uğraşan bir toplumdaki söz eder. Ona göre siyaset ile ilgilenmek sadece devletin tekelinde olmamalıdır. Sivil toplumu da siyasi toplumu şekillendiren bir unsur olarak kabul etmektedir.⁶²

Tocqueville, siyasi örgütlerin devlete ve ülkeye faydalarından bahsederken örgütlenme hakkının konu yönünden sınırlandırılmasının fayda yerine zarar getireceğini savunmuştur. Kitabında sivil toplum kelimesine yer vermese de bu kavram için “*halkın kurduğu örgütler*” veya “*dernekler*” ifadelerini kullanmıştır. Ona göre, sivil toplum siyasi toplumun oluşmasının yolunu açarken siyasi toplum da sivil toplumun güçlenmesini sağlayacaktır.⁶³

4. SİVİL TOPLUMDAKİ GÖNÜLLÜLÜK ESASI

Tocqueville, Amerika'da insanların inandıkları bir fikir için destek aradıklarından ve bu amaçla bir araya geldiklerinden bahseder. Bir araya gelmekle birlikte bireylerin güçlendiğini ve fikirlerin dinlenebilir hale geldiğini ifade eden Tocqueville; gönüllülük esasının bu hususta önemli olduğunu vurgulamaktadır.⁶⁴

Amerikalıların toplumun refahı için büyük özveride bulduklarını ifade eden Tocqueville insanların sahip oldukları özgür kurumlar ve sık sık kullandıkları politik haklar sayesinde yurttaş ve toplumun bir parçası olduklarını hatırladıklarını belirtir. Sahip olunan bu güçlü haklar da insanları birbirlerine yakınlaştırmaktadır. Çünkü birbirlerine karşı herhangi bir üstünlük veya ayrıcalığı olmayan insanlar daha kolay iletişim kurup daha kolay

⁶⁰ TAMER, s. 100

⁶¹ TOCQUEVILLE, s. 173

⁶² GÖNENÇ, Ayşenur Akpınar, “Sivil Toplum Düşünsel Temelleri ve Türkiye Perspektifi”, <http://www.altkitap.net/sivil-toplum/>, s. 34, 10.04.2013, 13:00

⁶³ TOCQUEVILLE, s. 177-178

⁶⁴ TOCQUEVILLE, s. 174

uzlaşabileceklerdir.⁶⁵ Bu durumun da; gönüllülük esasının önemli olduğu sivil toplumda, örgütlenmenin önündeki engellerin kaldırılmasının ve hatta teşvik edilmesinin bir görünümü olduğunu kabul edebiliriz.

5. SİVİL TOPLUMUN EKONOMİK ETKİNLİKLERDEKİ FONKSİYONU

Tocqueville Amerika'daki derneklerdeki konu çeşitliliğine dikkat çeker ve hemen her konuda halkın örgütlenebildiğinden bahseder. Güvenlik, ahlaki, dini vb. meselelerin yanında ticaret ve endüstriyi geliştirmek gibi konular da dernek kurmaya vesile olabilir.⁶⁶

Devletin toplumun her türlü ihtiyacını karşılamak amacıyla artırdığı görev ve hizmetleri; kendi güç ve otoritesini de artırırken, tüm ihtiyaçları önüne hazır olarak sunulan birey ise örgütlenmeye daha az gereksinim duyacaktır. Merkezileşen devletin özel sektörün alanına müdahale etmek suretiyle kendi otoritesini güçlendirmesinin sakıncalarına değinen Tocqueville, böyle bir durumda güçsüzleşen toplumun yaratıcılığının da zamanla yok olacağını savunmaktadır. Ticaret, üretim gibi alanların özel girişime bırakılmasının halkın zekasının güçlenmesine katkıda bulunacağına değinen düşünür, böylelikle devlete olan bağımlılığın da azalacağına işaret etmektedir.⁶⁷

5. BASININ SİVİL TOPLUM ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Tocqueville, sivil toplum kuruluşlarının gazeteler tarafından desteklenmesinin, toplumdaki işbirliğinin sağlanabilmesi adına en kolay ve alışılabilir yöntem olduğunu savunur. 1800'lü yıllarda internette söz edilemeyeceği için özellikle gazetelerin önemine değinen düşünür, gazetelerin farklı fikirleri içeren çeşitlerinin olmasının ve uzak bölgelere iletilebilmeleriyle birlikte; iletişimin geniş alanlar arasında sağlanması gibi özelliklerinin önemine vurgu yapar. Aynı sivil toplum kuruluşuna üye olan insanların, iletişim halinde olabilmek için aynı çevrede yaşamaları zorunluluğunu ortadan kaldıran da işte bu gazetelerin varlığıdır. Ona göre gazete tüm bu özellikleri sayesinde uygarlığın sürekliliğini sağlayacak yegane araçtır.⁶⁸

Tocqueville demokratik rejimlerde bireylerin güçsüzlüğüne vurgu yaparken bireylerin bir araya gelmesinin oldukça zor olduğunu ifade eder.

⁶⁵ TOCQUEVILLE, s. 171-172

⁶⁶ TOCQUEVILLE, s. 84

⁶⁷ TOCQUEVILLE, s. 174

⁶⁸ TOCQUEVILLE, s. 175

Güçsüz bireylerin durumunu karanlık içinde birbirini arayan insanlara benzeten Tocqueville gazeteleri ise onları bir araya getiren ve bir arada kalmalarını destekleyen unsur olarak görür. Ne var ki, basının insanları yanlış hedeflere yönlendirebilmesinin de mümkün olduğunu savunan Tocqueville, yine de sivil topluma sağlayacağı faydalarının zararlardan üstün geleceğine inanmaktadır. Nasıl ki sivil toplum demokrasiyi güçlendiren ve destekleyen bir faktör ise, gazeteler de sivil toplumun en büyük destekçisidir.⁶⁹

Günümüzde basın, çok daha çeşitli platformlarda karşımıza çıkmaktadır. Fakat bu çeşitlilik içinde sivil toplumu güçlendirici ve destekleyici basının yanı sıra, amacından ayrılarak insanları belirli alanlara yönlendirmeye çalışan basın kuruluşları ile karşılaşmak da mümkündür. Özellikle ideolojik düşünceler taşıyan kesimler veya devlet tarafından maddi ve manevi bakımdan desteklenen bir basın- yayın kuruluşunun; tarafsızlığını koruyabilmesi pek mümkün gözükmemektedir.⁷⁰

6. ANAYASAL DEMOKRASİ VE SİVİL TOPLUM

Anayasal demokrasi kavramı çok basit bir biçimde “Anayasal şekilde örgütlenmiş demokratik devlet” şeklinde formüle edilebilir. Bu tanım çerçevesinde “anayasal demokrasi” kavramını açıklayabilmek için öncelikle “anayasal devlet” ve “demokratik devlet” kavramları üzerinde durmak gerekir.

Her anayasası olan devle “anayasal devlet” demek değildir. Siyasi iktidar büyük bir güç potansiyelini ifade eder. Dolayısıyla, siyasi iktidara sahip olanların her zaman siyasi iktidarı bu iktidara sahip olmayanlar aleyhine kullanma ihtimali vardır. İşte anayasal bir devlette anayasa, bireyleri siyasi iktidara karşı koruyan kurumsal bir kalkan işlevi görür. Bu tespitten yola çıkarak anayasal devlet; siyasi iktidarın, bireyi korumak amacıyla, “anayasacılık” prensiplerine uygun olarak kullanılması esasına dayanan devlet olarak tanımlanabilir. Demokratik devlet kavramı anayasal devlet’te siyasi iktidarın nasıl kullanılacağı sorusuna cevap arar. Bir anayasal devlette siyasi iktidar anayasacılık prensiplerine uygun olarak kullanılır. Demokratik devlet ise, daha çok; “Siyasi iktidar kimin tarafından kullanılır?” “Siyasi iktidar hangi kurallara göre el değiştirir?” sorularıyla ilgilidir. Tarih boyunca bu sorulara farklı cevaplar verilmiş ve bu cevaplar çerçevesinde farklı rejim biçimleri ortaya çıkmıştır. Demokrasi adını verdiğimiz rejimlerde siyasi iktidar halk adına, halk tarafından seçilen ve halka hesap veren yöneticiler

⁶⁹ TOCQUEVILLE, s. 176

⁷⁰ DİLİPAK, Abdurrahman, “Sivil Toplum”, *Yeni Türkiye*, S. 18, 1997, s. 66

tarafından kullanılır. Bir başka ifadeyle, demokratik bir devlette, siyasi iktidarı kullanacak olanlar seçimler yoluyla belirlenir ve siyasi iktidar gerektiğinde yine seçimler yoluyla barışçı bir biçimde el değiştirir. Bu tespitten de anlaşılacağı gibi, demokratik devlet açısından seçim ve ona bağlı kavramlar, örneğin siyasi partiler önem kazanır. Bu bağlamda iktidarın demokratik olarak elde edilmesi ve el değiştirmesi sivil toplumun anayasal garanti ile örgütlenme ve ifade hürriyetine sahip olmasına ve güçlü olmasına bağlıdır. Kısaca modern bir sivil toplumun kurumsallaşması temel sivil ve siyasal hakların garanti edilmesi şartına bağlı olacaktır. Bu haklar ise öte yandan ancak özgürlükçü bir anayasacılık ile mümkündür.⁷¹

SONUÇ

Sivil toplum kavramı günümüzdeki anlamı ve içeriğini alana dek çeşitli aşamalardan geçmiştir. İlk zamanlarda devlet sivil toplumla iç içe ve bir bütün olarak anılırken Ortaçağ'dan itibaren kapitalizmin yükselişiyle birlikte artık çatışma hali ortaya çıkmıştır.

Sivil toplum özel bireyler tarafından oluşturulan, devletten bağımsız, gönüllülük esasının benimsendiği ve belirli fikirlerin savunulmasına fırsat tanıyan platformlardır. Sivil toplumun en önemli fonksiyonu demokrasinin işleyişini desteklemektir. Günümüzdeki anlamıyla sivil toplum demokrasinin vazgeçilmez bir parçasıdır diyebiliriz. Halkın kendi kendisini yönettiği rejim olan demokrasinin halktan kopmadan sürdürülebilmesi yine halkın desteğiyle mümkün olabilecektir.

Sivil toplum ortak sivil menfaatlerin savunulmasını ve devletin baskısının azaltılmasını sağlayan bir mekanizmadır. Devletle toplum arasında bir köprü vazifesi görerek isteklerin veya fikirlerin meşru yollardan devlete iletilmesini sağlamakta görevlidir.

Alexis De Tocqueville; sivil toplumun önemini günümüzden yaklaşık iki yüz yıl önce vurgularken anayasal demokrasi rejimi var olduğu müddetçe sivil toplumun da var olacağını savunmuştur.

Amerika'ya giderek ülkesi Fransa'da yeni yeni kendini gösteren demokrasinin ihtiyaçlarını, zaafalarını ve güçlü yanlarını araştıran Alexis De Tocqueville, Fransa'da demokrasinin Amerika'daki kadar doğru uygulanamamasını Fransa'da eksik olan kontrol mekanizmasına bağlar.

⁷¹ Arato, Andrew, *Civil Society, Constitution and Legitimacy*, (Rowmand & Littlefield Publisher, 2000, New York, London), s.10

Bu mekanizma ise bireylerin bir araya gelerek oluşturdukları sivil toplum kuruluşlarıdır.

Tocqueville Amerika'da gördüğü olumlu hallerin bir çoğunu orada gelişmiş olan sivil toplum yapısına bağlamaktadır. Amerika'da benimsenen demokratik rejimin ortaya çıkış nedenlerini araştıran Tocqueville; oraya yerleşen insanların eşitliği esas alarak, mülkiyete dayalı aristokrasiyi reddettiklerini ortaya koymuştur. Eşit ve güçsüz olan bu bireyler, hemen her konuda bir sivil toplum kuruluşunun oluşturulmasına gayret göstermişlerdir. Bu durumu da her bir bireyin, ülkenin devamlılığı ve istikrarı için kendisini sorumlu olarak hissetmesine bağlayan Tocqueville; ülke sorunlarına duyarlı olan yurttaşların çok büyük yararlıklar sağlayabileceğini ifade etmiştir.

Tocqueville demokrasi, eşitlik, özgürlük gibi kavramlarla yakından ilgilenmesinin yanı sıra sivil toplum kavramının da günümüzdeki anlamına ulaşmasının önünü açan pek çok yenilikler ortaya atmıştır. Bunlardan en önemlisi; sivil toplumun demokrasinin güçlenmesi adına sağladığı destektir. Devletin sınırlarını aşmak suretiyle topluma olan baskısının artmasını engellemek de yine sivil toplumun görevleri arasındadır. Sivil toplumun devletten veya siyasi toplumdaki ayrı bir yerde olduğunu savunan Tocqueville, sivil toplumda gönüllülüğün esas olduğunu altını çizmiştir. Günümüzde de öneminin iyi bilindiği basının, sivil toplum üzerindeki etkisinden bahseden düşünür gazeteleri "*uygarlığın sürekliliğini sağlayacak*" en önemli araç olarak görmüştür.

Aradan geçen yıllara rağmen sivil toplumun hak ettiği noktada bulunmadığını söylemek mümkündür. Belki de devletin toplum için var olması gerektiği tam olarak idrak edilemediğinden, sivil toplum devlet tarafından bir tehlike olarak algılanmaktadır. Oysa sivil toplum tarafından desteklenen bir demokrasi, devleti ve ülkeyi ileriye taşıyacak en önemli etkidir.

BİBLİYOGRAFYA

AKTAN, Coşkun Can, “Sivil Toplum İçin İdeal Devlet”, **Yeni Türkiye**, S. 18, 1997, s. 188-191.

ARATO, Andrew, *Civil Society, Constitution and Legitimacy*, (Rowmand & Littlefield Publisher, 2000, New York, London),

ATAR, Yavuz, “Demokratik Sistemde Sivil Toplumun Fonksiyonu ve Sivil Toplum- Devlet Düalizmi”, **Yeni Türkiye**, S. 18, 1997, s. 98- 101.

BELGE, Murat, “ Sivil Toplum Nedir?”,

http://stk.bilgi.edu.tr/docs/belge_std_1.pdf , İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi, 10.04.2013, 13:00

BOLAY, S. Hayri, “Sivil Toplum ve Manası”, **Yeni Türkiye**, S. 18, 1997, s. 7-8

BUMİN, Kürşat, **Sivil Toplum ve Devlet**, Yazarlar ve Çevirmenler Yayın Üretim Kooperatifi, İstanbul, 1981

ÇAHA, Ömer, “Sivil Toplum Üstüne”, **Sivil Toplum ve Demokrasi**, Kaknüs Yayınları, İstanbul, 2005, s. 9-22

DİLİPAK, Abdurrahman, “Sivil Toplum”, **Yeni Türkiye**, S. 18, 1997, s. 65-67.

DİNÇKOL, Bihterin, “Çoğunluk Tiranisine Karşı Bir Çözüm Yolu: Tocqueville’nin Siyasal Kuramı”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi**, C. 3, S. 5, 2004

DOĞAN, İlyas, **Sivil Toplum Anlayışı ve Siyasal Sistemler**, Barış Platin Kitabevi, 2. Baskı, 2009

ERASLAN, Levent, **Sivil Toplum ve Eğitim (ESTK)**, Maya Akademi Yayınevi, Ekim 2011, Ankara

ERDİNÇ, Tahsin, “ Alexis De Tocqueville ve ABD’de Sivil Toplumun Temelleri”, **Yeni Türkiye**, S.18, 1997

ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi, 9. baskı, Eylül, 2012

GENÇKAYA, Ömer Faruk, “Demokratikleşme ve Sivil Toplum İlişkisi Üzerine Bir Not”, **Yeni Türkiye**, S. 18, 1997, s. 102-105

GÖNENÇ, Ayşenur Akpınar, “Sivil Toplum Düşünsel Temelleri ve Türkiye Perspektifi”, <http://www.altkitap.net/sivil-toplum/> , 10.04.2013, 13:00

GÖZE, Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta Basım A.Ş., 9. Bası, İstanbul-2000

HOCAOĞLU, Durmuş, “Sivillik ve Demokrasi”, **Yeni Türkiye**, S. 18, 1997, s. 106-112

İNAÇ, Hüsamettin-ERDOĞAN, Selami, “Farklı Kuramsal Perspektifler Çerçevesinde Sivil Toplum Tartışmalarının Karşılıklı Analizi”, **Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E- Dergisi**, S. 11, Ocak-2007

KEANE, John, “Despotizm ve Demokrasi”, **Sivil Toplum ve Devlet, Avrupa’da Yeni Yaklaşımlar**, Der: John Keane, Çev: Levent Köker, Ayrıntı Yayınevi, Aralık 1993

KEANE, John, “Giriş”, **Sivil Toplum ve Devlet, Avrupa’da Yeni Yaklaşımlar**, Ayrıntı Yayınları, Der: John Keane, Çev: Levent Köker, Aralık 1993

ONBAŞI, Funda, **Sivil Toplum**, L&M Yayınları, İstanbul, Ekim 2015

SAVRAN, Gülnur, “Sivil Toplumun Eleştirisi”, **Yapıt Toplumsal Araştırmalar Dergisi**, S: 5 Haziran- Temmuz 1984, s: 31-49

SAVRAN, Gülnur Acar, **Sivil Toplum ve Ötesi, Rousseau, Hegel, Marx**, Dipnot Yayınları, Ankara 2013

SCHMİDT, Manfred G., **Demokrasi Kuramlarına Giriş**, Çev. M. Emin Köktaş, Vadi Yayınları, 1. Basım, Ekim-2001

SELÇUK, Sami, **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**, Yeni Türkiye Yayınları, 1998

TAMER, Mine Gözübüyük, “Tarihsel Süreçte Sivil Toplum”, **Edebiyat Fakültesi Dergisi**, C. 27, S. 1, Haziran-2010, s. 89-105

TOCQUEVILLE, Alexis De, **Amerika’da Demokrasi**, Çev. İhsan Sezal- Fatoş Dilber, Yetkin Yayınları, 1994

YAYLA, Atilla, **Siyasi Düşünceler Sözlüğü**, Adres Yayınları, 2. Baskı, Ekim-2004

YERASİMOS, Stefanos, “Sivil Toplum, Avrupa ve Türkiye”,

Türkiye’de Sivil Toplum ve Milliyetçilik, İletişim Yayınları, 1. Baskı, İstanbul-2001

YETİŞ, Mehmet, “Tocqueville, Demokratik Devrim ve Sivil Toplum”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Gelişme ve Toplum Araştırmaları Merkezi Tartışma Metinleri**, No.87, Ekim-2005

YILDIRIM, İbrahim, **Demokrasi, Sivil Toplum Kuruluşları ve Yönetişim**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak-2004

YILDIRIM, Murat, “Sivil Toplum ve Devlet”, **Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C: 27, No: 2, Aralık 2003, s. 226-242

YILMAZ, Aytakin, “Sivil Toplum Demokrasi ve Türkiye”, **Yeni Türkiye**, S. 18, 1997, s. 86-97

YILMAZ, Murat, “Sivil Toplumun Kısa Tarihi ve Aktüel Bazı Meseleleri” **Yeni Türkiye**, S. 18, 1997

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI KARARLARI IŞIĞINDA “NE BIS IN IDEM” PRENSİBİ

Ali Rıza TÖNGÜR*

ÖZET

Günümüzde temel insan haklarından biri olarak birçok ülkenin mevzuatında ve uygulamasında kabul görmüş olan *ne bis in idem* prensibi; bir ceza yargılaması sonunda kesin hükme bağlanan ve muhakemenin konusunu oluşturan uyumsuzluk nedeniyle tekrar dava açılmamasını ve ceza verilememesini ifade eder. Önceleri daha çok ülkelerin iç hukukunda dikkate alınan bu ilke, geçtiğimiz yüzyıl içerisinde yapılan uluslararası anlaşmalar ve kurulan Avrupa Birliği gibi oluşumlar nedeniyle sınıraşan bir boyut kazanmıştır.

Ulusüstü oluşumlar konusundaki en iyi örnek olarak kabul edilen Avrupa Birliği'nde üye ülkelerin biri tarafından yapılan soruşturma veya kovuşturma sonucu verilen kararın, diğer bir üye ülkede aynı olay nedeniyle yapılacak adli takibatta *ne bis in idem* prensibi bakımından ne şekilde dikkate alınacağı konusunda Birliğin üst yargı organı niteliğindeki Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın yorumları önem arz etmektedir. Türkiye'nin aday ülke statüsünde olması nedeniyle Divan'ın bu konudaki kararlarına dikkat çekmek amacıyla bu çalışma kaleme alınmıştır.

Anahtar Kelimeler : *Ne bis in idem*, Avrupa Birliği Adalet Divanı, Ceza Muhakemesi, Yargılama konusu, Ulusüstü mahkeme.

THE PRINCIPLE OF “NE BIS IN IDEM” IN THE LIGHT OF THE JUDGMENTS OF THE COURT OF JUSTICE OF EUROPEAN UNION

ABSTRACT

The principle of *ne bis in idem* which has gained recognition in the legislations and practices of many States as one of the fundamental human rights means that a conflict which constitutes the subject of a trial cannot be brought before and another sentence cannot be imposed if it has been finalized as a result of criminal proceedings. This principle which was used to dealt in the domestic law of the States has acquired a cross-border dimension in the last century thanks to the concluded international agreements and the structures established such as European Union.

In European Union which is accepted as one of the best examples of supra-national structures, the interpretation of the Court of Justice of European Union is of significant importance with regard to how a judgment rendered in a Member State as a result of investigation or prosecution should be taken into account in a prosecution carried out in another Member State concerning the principle of *ne bis in idem*. Because of Turkey's position as a candidate for full membership, this study has been prepared in order to draw attention to the judgments of the Court on this issue.

* Hâkim. Adalet Bakanlığı, Kanunlar Genel Müdürlüğü. aliriza.tongur@adalet.gov.tr

Keywords : *Ne bis in idem, Court of Justice of European Union, Criminal proceedings, Subject of proceedings, Supra-national court.*

GİRİŞ

Kökeni Roma Hukukuna kadar uzanan *ne bis in idem* prensibi, günümüz ceza muhakemesi hukuku ilkelerinin en önemlilerinden biridir. Kişinin aynı suç nedeniyle iki defa yargılanamayacağı veya cezalandırılmayacağı şeklinde açıklanan bu prensip, uluslararası insan hakları belgelerinde yer bularak temel bir insan hakkı haline dönüşmüştür. Her ne kadar bu prensip teoride, tartışmaya gerek duyulmayacak kadar kesin görünse de; uygulamada çeşitli zorluklar ortaya çıkmaktadır. Uluslararası hukukta yaptırım gücünün zayıflığı nedeniyle, *ne bis in idem* prensibi devletlerin iç hukuklarının uygulandığı mahkemelerin yorumuna muhtaç bulunmaktadır. Keza uygulamada, ortaya çıkabilecek muhtemel yorum farklılıklarını giderecek üst bir mahkeme de bulunmamaktadır. Bu noktada Avrupa Konseyi üyesi ülkeler için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi devreye girse de, Mahkemenin içtihatlarının uygulama birliğini sağlayabilecek ölçüde yeterli olmadığı dikkat çekmektedir.

Bununla birlikte, Avrupa Birliği hukuk sistemi içerisinde durum farklıdır. Avrupa Birliği, Birlik menfaatlerini ilgilendiren konularda üst bir hukuk oluşturmuştur. Temel insan hakları da bu kapsamda olup, *ne bis in idem* prensibi uluslararası hukuktan farklı olarak ‘serbest dolaşım’ hakkının garanti altına alınması ile ilişkilendirilmiştir. Prensibin yorumlanması ve ‘serbest dolaşım’ hakkı ile ilişkilendirilmesi için temel belge Schengen Sözleşmesi olsa da, Avrupa Birliği Adalet Divanı (bundan sonra ABAD olarak anılacaktır) önüne gelen davalarda ve kendisine iletilen görüş talepleri için yaptığı yorumlarda yerleşik bir içtihat oluşturarak Avrupa Birliği üye ülkelerinde uygulama birliğini sağlamayı başarmıştır. Türkiye’nin muhtemel Avrupa Birliği üyeliği göz önüne alındığında, ABAD’ın *ne bis in idem* prensibi ile ilgili oluşturduğu farkındalık önem arz etmektedir.

Çalışmamız bu farkındalığın ortaya konulabilmesine mütevazı bir katkı sunabilmek amacıyla kaleme alınmıştır. Bu kapsamda öncelikle *ne bis in idem* prensibinin genel hatlarıyla ele alınmasının ardından, prensibin AB hukukundaki yeri ile ABAD’ın bu prensibi ne şekilde yorumladığı ve uygulama birliğini nasıl sağlandığı incelenecektir. Son olarak, AB hukuku çerçevesinde *ne bis in idem* prensibinin Türk ceza muhakemesi hukukuna etkilerine değinilerek bazı çözüm önerilerine yer verilmek suretiyle çalışmamız sonlandırılacaktır.

I. GENEL OLARAK *NE BIS IN IDEM* PRENSİBİ

Latince bir ifade olan *ne bis in idem* veya *non bis in idem*, sözlük anlamı itibarıyla, aynı şeyin iki defa tekrarlanamayacağını ifade ederken, ceza hukuku bakımından, bir kişinin aynı eylem nedeniyle iki defa sorumlu tutulamayacağı anlamına gelir¹. Kişinin aynı suç nedeniyle iki defa hüküm giymesini engelleyen bu prensip, genel olarak dünyadaki ceza hukuku sistemlerinde kendine yer bulmaktadır.² Bu temel kural, *res judicata*³ olarak da bilinen ve hükümlerin nihailiğini korumayı amaçlayan daha geniş bir prensibin ceza muhakemesi hukukundaki yansımaları ifade etmektedir.⁴ Ancak genel kabul gören fikre göre, *ne bis in idem* uluslararası hukukun genel ilkelerinden biri değildir⁵. Bunun sebebi de ülkelere göre farklılık gösteren uygulamalardır⁶. Ancak yine de bu ilke kendine uluslararası metinlerde yer bulmuştur. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966)⁷, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. no'lu Protokolü⁸ ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde⁹ bu ilkeye yer verilmiştir.

¹ COFFEY, Gerard, '*Resolving Conflicts of Jurisdiction in Criminal Proceedings: Interpreting Ne Bis in Idem in Conjunction With The Principle of Complementarity*', *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 4, Issue 1–2, 2013, s.63; SEYDEL, Jana, '*Enforcement or no Enforcement?: Interpreting the "ne bis in idem" principle in the European Union*', Grin, 2011, s.6; CONWAY, Gerard, '*Ne Bis in Idem in International Law*', *International Criminal Law Review*, Y.2003, S.3, s.217-218; KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, '*Ceza Muhakemesi Hukuku*', Beta 16. Bası, İstanbul 2008, s.125; ERDEM, Mustafa R., '*Avrupa Birliği Hukukunun Üye devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri*', Seçkin, Ankara 2004, s.329; ÖZEN, Mustafa, '*Non Bis In Idem (Aynı Fiilden İki Kez Yargılama Olmaz İlkesi)*', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIV, Y.2010, S.1, s.390 vd.

² SEYDEL, s.6-7.

³ <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/R/ResJudicata.aspx> (Son Erişim: 01 Nisan 2015).

⁴ VERVAELE, John A.E., '*The Transnational Ne Bis In Idem Principle in the EU Mutual Recognition and Equivalent Protection of Human Rights*', *Utrecht Law Review*, Vol.1, Issue 2, December 2005, s.100.

⁵ CONWAY, 218; SEYDEL, s.7; ERDEM, s.329.

⁶ Örneğin çalışmamızın konusunu oluşturan AB Hukukunda *Ne Bis in Idem* uygulaması, bu prensibe eklediği 'ortak güven' ve 'ortak tanıma' ilkeleri ile, en farklı uygulamalardan birine örnek oluşturmaktadır.

⁷ Madde 14(7), Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, 16 Aralık 1966. 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁸ Madde 4, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7 No'lu Protokolü, 22 Kasım 1984. 1 Kasım 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁹ Madde 8(4), Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, 22 Kasım 1969. 18 Temmuz 1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Ne Bis in Idem prensibinin kökenleri 16. yüzyıla kadar uzanmaktadır. Bu prensip, *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*¹⁰ olarak adlandırılan, ‘bir kişi aynı sebepten dolayı iki defa soruşturulamaz ya da yargılanamaz’ ve *nemo debet bis pinuri pro uno delicto*¹¹ olarak adlandırılan, ‘bir kişi aynı suç nedeniyle iki defa cezalandırılmaz’ şeklinde tercüme edilebilecek Roma Hukuku kuralından¹² esinlenerek ortaya konulmuştur. *Ne bis in idem* kuralının doğal uzantısı ise *ne bis poena in idem* kuralı olup, modern ceza hukukunda bu ilke ‘mahsup’ ilkesi olarak adlandırılmaktadır.

Ne bis in idem kuralı her ne kadar kesin gibi görünse de, bu kuralın içeriği konusunda bazı tartışmalar mevcuttur. *Inconcreto* olarak adlandırılan görüşe göre; *ne bis in idem* kuralı daha önce hakkında hüküm verilmiş ve kesinleşmiş suçlara konu olayların yeniden soruşturulmasını engellemektedir. *Inabstracto*’ya göre ise; *ne bis in idem* hakkında hüküm verilmiş ve kesinleşmiş aynı suçların soruşturulmasını engellenmektedir¹³. Burada bu genel tartışmaya değinilmeyecektir ancak AB Hukuku kapsamında *in concreto-inabstracto* ayırımı, aşığıda ABAD kararları ışığında incelenecektir.

Ne bis in idem kuralı ile ilgili sorun, uluslararası uygulamalar bakımından ortaya çıkmaktadır. Ülkeler yerel hukuklarında aynı suçların ikinci kez cezalandırılmaması bakımından herhangi bir sorun yaşamamaktadırlar. Ancak uluslararası kararların tanınması bakımından genel-geçer bir kural ortaya konamamıştır¹⁴. Avrupa Birliği 1958 Roma Anlaşmasıyla ekonomik bir topluluk olarak ortaya çıkmış, 1986 tarihli Tek Avrupa Sözleşmesiyle iç sınırlar maddi ve hukuki olarak kaldırılmış ve 1993 tarihli Maastricht Sözleşmesi ile Avrupa Birliği ile alakalı konularda tek bir hukukun var olacağı kesinleşmiştir. Birbirinden farklı ceza hukuku sistemlerine ve bu hukuk sistemleri üzerinde egemenlik haklarına sahip devletlerin *ne bis in idem* yorumları başlangıçta karmaşıa yaratsa da, Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın tutarlı içtihatları sayesinde AB Üye Devletleri arasında ortak bir *ne bis in idem* uygulaması sağlanmıştır.

¹⁰ <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/N/NemoDebetBisVexariProUnaEtEademCausa.aspx> (Son Erişim: 01 Nisan 2015).

¹¹ <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/N/NemoDebetBisPinuriProUnoDelicto.aspx> (Son Erişim: 01 Nisan 2015).

¹² Bu kural, **1589 tarihli Sparry’s Case** davasında açıklığa kavuşturulmuştur. Kararın metni için bkz; <<http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1572/374.pdf>>, (Son Erişim: 03 Nisan 2015).

¹³ CONWAY, n (1), s. 227; VERVAELE, s.101; SEYDEL, s.25.

¹⁴ BERNARD, Diane, “*Ne Bis in Idem – ‘Protectoror Defendants’ Rightsor Jurisdictional Pointsman*”, *Journal of International Criminal Justice*, Y.2011, S. 9, s.865.

II. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA NE BIS IN IDEM

A. Genel Olarak

Uluslararası hukukta *ne bis in idem*, birden çok yargılama yetkisinin aynı anda devreye girmesini ifade eder. Özellikle yetkili hukuk sistemlerinden biri, diğer sistemin yetkili mahkemesinin vermiş olduğu cezai hükme saygı göstererek, kendi yürüttüğü yargılama faaliyetine son vermektedir. AB hukukunda da, bu durum geçerlidir.¹⁵ Cezai konularda *ne bis in idem*, Schengen mevzuatının Avrupa Topluluğu (o zamanki adıyla) ve AB hukuk sistemine dâhil edilmesiyle gündeme gelmiştir. 1985 yılında imzalanan Schengen Sözleşmesi ile ilk kez Avrupa kıtası içerisinde belirli bir bölgede dâhili sınırlar kaldırılmıştır¹⁶. Dâhili sınırların kaldırılması, bu sınırlar içerisinde hukuk birliğinin de temellerini atmıştır. Bu bağlamda *ne bis in idem* kuralı da Anlaşmanın 54. maddesi ile düzenlenmiştir. 54. madde *ne bis in idem* prensibini aşağıdaki şekilde düzenlemiştir.

Sözleşmeye taraf olan devletlerden birinin yetkili mahkemeleri tarafından cezalandırılan ve hakkındaki bu hüküm kesinleşen kişi, aynı suç nedeniyle başka bir taraf devlet yetkili organı tarafından, hükmün infaz edilmiş olması, halihazırda infazına devam ediliyor olması ya da hükmün verildiği devletin yasalarına göre infazının mümkün olmaması şartıyla, soruşturulamaz.

Amsterdam Sözleşmesiyle birlikte Schengen sisteminin AB hukukuna dâhil edilmesi, *ne bis in idem* prensibinin de AB hukukuna girmesi sonucunu doğurmuştur.¹⁷ Buna göre, dâhili sınırların bulunmadığı AB topraklarında serbest dolaşım hakkını kullanan biri, üye ülkelerden birinden diğerine geçerken aynı fiillerden dolayı birden çok soruşturmaya maruz kalmak suretiyle birden fazla cezalandırılmaz.¹⁸ Üye ülkeler, esasları Schengen Sözleşmesinde belirtildiği üzere, diğer bir üye ülke tarafından yapılan yargılamaya ve sonuçlarına riayet etmek zorundadırlar¹⁹. Bu prensiple AB vatandaşlarının serbest dolaşım hakları garanti altına alınmak istenmiştir. Çünkü dâhili sınırları olmayan bir

¹⁵ COFFEY, s.64-65; VERVAELE, s. 106; SEYDEL, s.26-27.

¹⁶ <http://www.hri.org/docs/Schengen90/>, (Son Erişim: 15 Nisan 2015). O zamanki adıyla Avrupa Topluluğu üye ülkeleri arasında, tüm topluluğa hâkim olacak bir sistem üzerinde tartışılmış, ancak anlaşma sağlanamayınca Fransa, Almanya, Belçika, Lüksemburg ve Hollanda arasında Schengen Sözleşmesi imzalanmıştır.

¹⁷ VERVAELE, s.107-108;

¹⁸ COFFEY, s.74 vd; SEYDEL, s.19; ERDEM, s.338-339.

¹⁹ MITSILEGAS, Valsamis, 'EU Criminal Law', Hart Publishing, 2009, s. 143.

alandan, AB vatandaşları bir üye ülkeden diğerine seyahat ederken, bu ülkenin yasalarınca adli takibata uğrayacağı korkusunu yaşamamalıdır. Diğer bir deyişle, bir nevi üye ülkelerin hukuklarının üzerinde AB'nin temel değerlerini oluşturan esaslarla ilgili olarak bir yeknesaklık sağlanmak istenmiştir. Bu da 'ortak tanıma' denilen bir kavramla garanti altına alınmıştır. 'Ortak tanıma' tüm AB Üye Ülkelerinin hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı gibi temel değerlere sahip olduğu ve bu nedenle de Üye Ülkelerin birbirlerinin hukuk sistemlerine ve bu sistemlerce ortaya konulan sonuçlara saygı duyması esasına dayanmaktadır²⁰.

Bununla birlikte *ne bis in idem* ilkesi, uygulamada çeşitli sorunlara yol açmıştır. Her ne kadar, AB düzeyinde 'ortak tanıma' ilkesine atıf yapılmış olsa da, Üye Ülkelerin birbirlerinin ceza sistemlerine olan güvensizlikleri, bu prensibin AB düzeyinde uygulanmasını zorlaştırmıştır. Özellikle *bis* (karar) ve *idem* (fiil) kavramlarından ne anlaşılması gerektiği hususunda Üye Ülkeler arasında ortak bir uygulama sağlanamamıştır. İşte bu sorun, ABAD tarafından açıklığa kavuşturularak, *ne bis in idem* ile ilgili AB hukuku genelinde geçerli ilkeler belirlenmiştir.

B. Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Kapsamında *Ne Bis In Idem*

Avrupa Birliği Adalet Divanı *ne bis in idem* prensibine ilk defa, 2003 yılında, *Gözütok ve Brügge* davası ile eğilmiştir²¹. Bu davada, Alman istinaf mahkemeleri tarafından ABAD'dan Almanya'da Hüseyin Gözütok ve Belçika'da Klaus Brügge adına yürütülen cezai kovuşturmalara ilgili olarak ön karar yoluna başvurulmuş görüş sorulmuştur. Gözütok'un Hollanda'daki işyerinde yasadışı uyuşturucu maddeler ele geçirilmiş ancak hakkında yürütülen soruşturma, kendisine Hollanda Ceza Kanununun 74. maddesi gereğince yapılan ön ödeme teklifini kabul etmesi ve belirlenen mablağı ödemesi sonucu kapatılmıştır. Bu esnada Gözütok'un Almanya'daki

²⁰ Ortak Tanıma hakkında daha ayrıntılı bilgi için, bkz. PEERS, Steve, '*Mutual Recognition and the Common Law in the European Union: Has the Council Got It Wrong*', Common Market Law Review, 2004, s.41.

²¹ Müşterek Davalar C-187/01 ve C-185/01 *Gözütok ve Brügge* (11 Şubat 2003); Daha ayrıntılı bilgi için, bkz.

THWAITES, Nadine, "*Mutual Trust in Criminal Matters: the European Court of Justice gives a first interpretation of a provision of the Convention implementing the Schengen Agreement. Judgment of the European Court of Justice of 11 February 2003 in Joined Cases C-187/01 and C-385/01, Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge*", *German Law Journal*, <https://www.germanlawjournal.com> (Son Erişim: 16 Nisan 2015).

hesabında meydana gelen büyük miktardaki para akışını Alman makamları takibe alınmış ve paranın geliş yeri olan Hollanda'daki uyuşturucu ticareti eylemleri nedeniyle hakkında yürütülen soruşturma sonucu açılan davada 1 yıl 5 ay hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Bu karara Savcı ve Gözütok tarafından itiraz edilmiştir.

Klaus Brügge ise Belçika'da yaşayan bir Alman vatandaşı olup, hakkında bir diğer Belçika vatandaşına karşı işlediği kasten yaralama eylemi nedeniyle ceza davası açılmıştır. Aynı eylem nedeniyle Brügge adına Almanya'da yürütülen caza soruşturması, savcı tarafından önerilen uzlaşmanın kabul edilmesi ve belirli bir miktar paranın Brügge tarafından ödenmesi sonucu sonlandırılmıştır. Her iki davada da mahkemeler, savcılığın ön ödeme ya da uzlaşma gibi mahkeme kararı niteliğinde olmayan kararların soruşturmayı sonlandırmasının kesin hüküm sayılıp sayılmayacağını sormuşlardır.

Avrupa Adalet Divanı (o zamanki adıyla), bu sorulara mahkeme kararı olmadan savcılık kararı ile cezai işlemlerin sonlandırılmasının Schengen Sözleşmesi'nin 54. maddesi kapsamında kesin hüküm sayılacağı şeklinde cevap vermiştir. Mahkemeye göre, Üye Devletlerin ceza yargılamalarının sonuçları ile ilgili olarak birbirlerine karşılıklı güvenleri olduğu sonucuna varılmalıdır. Ayrıca Üye Devletler, kendi yapacakları yargılamada farklı bir sonuca ulaşırsalar da, diğer üye devletin ceza yargılamasının sonucuna saygı duymalıdır²².

Van Esbroeck davasında²³ ise Mahkeme, prensibin *idem* kısmı ile ilgilenmiştir. Belçika vatandaşı olan Van Esbroeck, yasadışı uyuşturucu maddeleri Norveç'e sokmak eylemi nedeniyle 5 yıl hapis cezasına mahkum edilmiştir. Cezasının belli bir kısmını çektikten sonra şartlı tahliye edilen ve Belçika'ya dönen Van Esbroeck adına, burada, yasadışı uyuşturucu maddeleri ithal etmek suçundan dolayı dava açılmış ve bu suçtan dolayı mahkum edilmiştir. Bu kapsamda Mahkemeye, Belçika'dan Norveç'e yapılan yasadışı uyuşturucu transferinin, Belçika için ülkeden çıkış Norveç için ülkeye giriş niteliğinde olması göz önüne alınarak bunların aynı suç kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorulmuştur. Mahkeme, birbirine sıkı bir şekilde bağlı olan bir dizi eylemin, ülkelere göre yasal tanımlarına bakılmaksızın aynı eylem sayılacağını belirtmiştir²⁴. Mahkeme, burada

²² LÖÖF, Robin, '*54 CISA and the Principles of ne bis in idem*', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Y.2007, S.15, s.312; Gözütok and Brügge para 33.

²³ C-436/04, Criminal Proceedings against Léopold Henri Van Esbroeck (2006).

²⁴ VON BOCKEL, Bas, '*The ne bis in idem Principle in the European Union Legal Order*:

Avrupa Birliğinde serbest dolaşım hakkını kullanan birinin, aynı eylemlerin üye ÷lkelerce farklı yorumlanması nedeniyle yeniden cezalandırılmasının önüne geçmek istemiştir. Amaç, Birliğe hâkim olan temel ilkeler konusunda tereddüt yaşamadan Birlik vatandaşlarının serbest dolaşım haklarını özgürce kullanabilmelidir. Bu gerekçe mahkemenin daha sonraki Van Straaten kararında da kullanılmıştır.

2006 tarihli Van Straaten kararında²⁵ Avrupa Adalet Divanı, hem *bis* hem de *idem* konuları hakkında karar vermiştir. *Idem* kısmı ile ilgili olarak Mahkeme, Van Straaten’in belli bir miktar yasadışı uyururucu maddeyi İtalya’dan Hollanda’ya getirmesi eyleminin, iki ÷lke bakımından farklı suçlar oluşturup oluşturmayacağı sorusuna cevap aramıştır. Mahkeme Van Esbroeck kararındaki gerekçesini tekrar etmiş ve bir Schengen ÷lkesinden diğerine uyururucu kaırmanın, iki ÷lke bakımından farklı suçlar oluşturmayacağını ve birbirine sıkı sıkıya bağlı bu eylemlerin farklı suçlar olarak yorumlanamayacağını belirtmiřtir²⁶.

Bis bakımından ise Mahkemeye, delil yetersizliği bakımından beraat kararlarının *ne bis in idem* kapsamında geçerli bir hüküm olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorulmuştur. Mahkeme bu soruda savcı Colomer’in ısrarla üzerinde durduğu görüşüne uyararak delil yetersizliği nedeniyle beraat kararının *ne bis in idem* kapsamında kesin hüküm olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiřtir²⁷. Delil yetersizliği nedeniyle beraate konu olmuş bir eylemin, başka bir Schengen ÷lkesinde yeniden bir soruştırmaya konu yapılmasının Birliğin temel değerlerine hâkim olan hukuki kesinlik ve yasal beklenti gibi ilkeleri tehlikeye düşüreceği ifade edilmiřtir²⁸.

Mahkeme, *ne bis in idem* ilkesini yorumlarken genel hukuki konseptin dışına çıkararak kavramı daha geniş bir çerçeveye oturtmuştur. Bir nevi yargısal aktivizm yoluyla Birlik ideallerinin gerçekteştirilmesinde *ne bis in idem* prensibini bir araç olarak kullanmıştır. *Bis* kısmı ile ilgili olarak Mahkeme, ‘bir mahkeme tarafından verilen karar’ yorumunu genişleterek bunu ‘her türlü yargısal karar’ şeklinde yorumlamıştır. Mahkemeye göre, ilgili ÷lkenin ulusal ceza hukuku mevzuatına göre yetkili sayılan bir otoritenin verdiği karar, eylemle ilgili soruştırmayı ya da kovuştırmayı sonlandırırıyorsa, artık *ne bis in*

Between Scope and Substance, *Academia of European Law Forum*, Y.2012, S.13, 339.

²⁵ C-150/05 *Van Straaten* (28 Eylül 2006).

²⁶ *Van Straaten* para 52 and 53.

²⁷ *Ibid*, para 59.

²⁸ MITSILEGAS, n (10), s. 146.

idem kapsamında kesin hüküm olarak değerlendirilmelidir²⁹. Tabii Mahkeme bunu yaparken temel bir Birlik prensibine dayanmıştır. Üye ülkeler birbirlerinin ceza adalet sistemlerine *ortak bir güven* duymaktadırlar ve bu nedenle de kendileri yargılama yapsa ve sonuç farklı çıkacak olsa bile ilgili üye ülkenin yetkili makamının kararına saygı göstermelidirler³⁰. *Bis* bakımından tartışmalı bir diğer husus olan hükmün içeriği ile ilgili olarak Mahkeme, hükmün maddi içeriğinden çok ortaya çıkardığı sonuçla ilgilenmiştir. Mahkeme, sanığın delil yetersizliği nedeniyle beraat etmesinin ya da zamaşımı nedeni ile soruşturmanın ya da kovuşturmanın sona erdirilmesinin, kişinin serbest dolaşım haklarını etkilememesi gerekliliğine vurgu yapmıştır. Bu bağlamda başka bir üye ülke tarafından delil yetersizliği ya da zamaşımı kararlarının dikkate alınmayarak yeniden bir soruşturma yapılması, Birlik vatandaşının serbest dolaşım hakkını kullanmasını engelleyecektir³¹.

Idem kısmı ile ilgili olarak ise Mahkeme, aynı nedenlerden kaynaklanan ve failleri de aynı olan eylemlerin tek bir *fiil* sayılması gerektiğini ve farklı üye ülkelerdeki farklı yargısal yorumlarla bu tek fiilden dolayı yeniden soruşturma yapılamayacağını belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkeme aynı fiilden kaynaklı eylemlerin zaman ve mekân yönüyle birbirine sıkı bir şekilde bağlı olup olmadığı üzerinde durmuştur. Bu incelemenin cevabı olumlu ise, ortada tek bir fiil vardır ve bu nedenle farklı üye ülkeler tarafından farklı soruşturmalara konu edilemeyecektir.³²

III. NE BIS IN IDEM PRENSİBİNİN TÜRK CEZA SİSTEMİNE ETKİSİ

Türk hukuku bakımından *ne bis in idem* prensibine ilişkin herhangi bir anayasal düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte, anılan prensibin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 162. maddesinin ikinci fıkrası ve 223. maddesinin yedinci fıkrasında oldukça net bir şekilde yer bulduğunu söylemek mümkündür.³³ Ayrıca, yabancı mahkemeler tarafından

²⁹ NEAGU, Norel, "The *ne bis in idem* Principle in the Interpretation of European Courts: Towards Uniform Interpretation", *Leiden Journal of International Law*, Y.2012, S.25, s. 964.

³⁰ NEAGU, Norel, "The *ne bis in idem* Principle in the Case-Law of European Court of justice (II). The 'Final Judgment' and the 'Enforcement' Issues", *Lex ET Scientia, Juridicial Series*, Y. 2012, (19), s. 70.

³¹ Ibid 85.

³² VERVAELE, John A.E., "Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU", *Utrecht Law Review*, Y. 2013, S. 9, s.222.

³³ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.132-133; ÖZEN, s.396.

verilen kararların bu ilke kapsamında, iç hukukta değerlendirilmesine yönelik Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan ve Türkiye'nin de taraf olduğu “Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi”nin 53-55. maddeleri ile “Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi”nin 35-37. Maddeleri mevcuttur.³⁴

Ceza muhakemesinde, soruşturma aşaması bakımından *ne bis in idem* prensibi, CMK 162. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen “*Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz*”. ifadesiyle Kanuna dahil edilmiştir. Kovuşturma aşaması bakımından ise CMK'nın 223. maddesinin yedinci fıkrasında yer verilen “*Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir.*” ifadesiyle aynı ilke korunmuştur.

Diğer yandan, Türkiye 1999 yılında yapılan Helsinki Zirvesi ile resmi olarak Avrupa Birliği aday ülkesi olarak tanınmış ve 2005 yılında da üyelik müzakereleri başlamıştır. Müzakere süreci halen devam etmekte olup, Türkiye henüz üye ülke sıfatını kazanamamıştır. Bu nedenle Türk ceza sistemi ile AB üye ülkeleri ceza sistemleri arasında *ne bis in idem* bağlamındaki ilişki bu prensibin uluslararası yönü dikkate alınarak kurulmalıdır. Türkiye ABAD'ın yargı yetkisine dâhil olmadığı için, Türk mahkemeleri ya da AB üye ülkeleri tarafından *ne bis in idem* kapsamında yapılacak yorumları denetleyecek bir üst yargı mercii bulunmamaktadır. Örneğin Türkiye'den, AB üye ülkelerinden birine yasadışı uyuşturucu ticareti yapılması halinde (ya da tam aksi) Türkiye'de ya da bir AB üyesi ülkede kesin hüküm giymiş birinin diğer ülkede yeniden yargılanmasını engelleyecek bir yaptırım mekanizması bulunmamaktadır. Fail veya Türk mahkemeleri ya da AB üye ülke mahkemeleri, uyuşmazlığın giderilmesi amacıyla ABAD'a başvuramayacaklardır.

Ancak uyuşmazlığın Türkiye dışındaki tarafının Avrupa Konseyi üyesi bir AB üye ülkesi olması halinde sorun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde çözülebilecektir. Bu konuda, Avrupa Konseyinin en önemli enstrümanı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7 no'lu Protokolünün 4. maddesi *ne bis in idem* kuralını düzenlemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *ne*

³⁴ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, “*Ceza Muhakemesi Hukuku*”, 9. Bası, Beta, İstanbul 2012, s.548-549; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.130. Ayrıntılı bilgi için bkz. YENİSEY, Feridun, ‘*Milletlerarası Ceza Hukuku, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuat*’, İstanbul 1988, s.210-251.

bis in idem prensibi hakkında yerleşmiş içtihatları mevcuttur³⁵. Türkiye AB üyesi olana kadar ne *bis in idem* ile ilgili uyuşmazlıkların AİHM tarafından çözülmesi gerekmektedir. Ancak üyelikten sonra sorunun çözümü, ABAD'ın yargı yetkisine girecek olup, yukarıda bahsi geçen ABAD içtihatları karşısında ortak güven ilkesi gereğince ne *bis in idem* prensibini yorumlamak gerekecektir.

SONUÇ

Ne bis in idem, her ne kadar, kökleri Roma Hukukuna kadar uzanan bir ilke olsa da, günümüze kadar birçok farklı şekilde yorumlanmıştır. Bu yorum farklılıklarının belki de en dikkat çeken ABAD tarafından yapılan yorumlar olmuştur. Mahkeme *ne bis in idem* ilkesini AB hukukuna hâkim olan insan haklarına saygı ve hukukun üstünlüğü ilkeleri çerçevesinde yorumlayarak üye ülkelerin birbirlerinin hukuk sistemlerine ve mahkeme kararlarına saygı duyması gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda bir üye ülke, diğer bir üye ülkenin verdiği kararı yeterli bulmasa veya diğer üye ülke mahkeme kararı dışında bir kararla soruşturmayı ya da kovuşturmayı sonlandırırsa dahi, ABAD'ın önemle üzerinde durduğu 'ortak güven' ilkesi gereğince yeniden bir soruşturma yapılmayacaktır. Bu içtihatlarla nihai olarak, 1958 Roma Anlaşmasının kurucu öğelerinden biri olan ve AB hukuk sisteminin üzerine kurulduğu 'serbest dolaşım' hakkı ile güvence altına alınmaya çalışılmıştır.

Mahkemenin bunu yaparken bir nev'i yargısal aktivizm içinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Özellikle savcılık tarafından ön ödeme gibi esasa ilişkin olmayan kararlarla soruşturmanın sonlandırılması halinin bile kesin hüküm kapsamına alınması bunun en açık göstergesidir. Fiil bakımından da, Mahkeme aynı eylemin farklı ülkelerde farklı hukuki yorumlarını dikkate almayarak, aynı fail ve hareketlerin bulunması halinde bunun tek bir suç sayılacağına ve ilk verilen hükmün kesin olacağına işaret etmiştir. Delil yetersizliği sonucu verilen beraat kararları da *ne bis in idem* kapsamında kesin hüküm sayılacaktır. Bir üye ülke yeni bir delil bulduğu gerekçesiyle ya da kendi ülkesi içerisinde delillerin var olduğu gerekçesiyle yeniden bir soruşturma yapamayacaktır.

Türkiye açısından henüz bir AB üyeliği söz konusu olmadığı için ABAD kararları etkisini göstermeyecektir. Türk Mahkemelerinin *ne bis in idem*

³⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konudaki içtihatları için bkz.; *Olevira v İsviçre* AİHM 1995-V, *Franz Fischer v Avusturya* 29 Mayıs 2001 (Başvuru no. 37950/97).

konusundan yaptığı değerlendirmelerin, ABAD tarafından yorumlanması da mümkün değerdir. Ancak Avrupa Konseyi üye ülkeler ile Türkiye arasındaki uyuşmazlıklar şu aşamada AİHM nezdinde çözüme kavuşturulabilir nitelikte gözükmetedir.

KAYNAKÇA

BERNARD, Diane, “*Ne Bis in Idem – ‘Protectoror Defendants’ Rightsor Jurisdictional Pointsman*”, *Journal of International Criminal Justice*, Y.2011, S. 9.

COFFEY, Gerard, ‘*Resolving Conflicts of Jurisdiction in Criminal Proceedings: Interpreting Ne Bis In Idem in Conjunction With The Principle of Complementarity*’, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 4, Issue 1–2, 2013.

CONWAY, Gerard, ‘*Ne Bis in Idem in International Law*’, *International Criminal Law Review*, Y.2003, S.3.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, ‘*Ceza Muhakemesi Hukuku*’, 9. Bası, Beta, İstanbul 2012.

ERDEM, Mustafa R., ‘*Avrupa Birliği Hukukunun Üye devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri*’, Seçkin, Ankara 2004.

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, ‘*Ceza Muhakemesi Hukuku*’, Beta 16. Bası, İstanbul 2008.

LÖÖF, Robin, ‘*54 CISA and the Principles of ne bis in idem*’, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Y.2007, S.15.

MITSILEGAS, Valsamis, ‘*EU Criminal Law*’, Hart Publishing, 2009.

NEAGU, Norel, ‘*The ne bis in idem Principle in the Interpretation of European Courts: Towards Uniform Interpretation*’, *Leiden Journal of International Law*, Y.2012, S.25.

NEAGU, Norel, ‘*The ne bis in idem Principle in the Case-Law of European Court of justice (II). The ‘Final Judgment’ and the ‘Enforcement’ Issues*’, *Lex ET Scientia, Juridicial Series*, Y. 2012, S.19.

ÖZEN, Mustafa, '*Non Bis In Idem (Aynı Fiilden İki Kez Yargılama Olmaz İlkesi)*', *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XIV, Y.2010, S.1.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa R., '*Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*', 11. Bası, Seçkin, Ankara 2007.

PEERS, Steve, '*Mutual Recognition and the Common Law in the European Union: Has the Council Got It Wrong*', *Common Market Law Review*, 2004.

SEYDEL, Jana, '*Enforcement or no Enforcement?: Interpreting the "ne bis in idem" principle in the European Union*', Grin, 2011.

THWAİTES, Nadine, '*Mutual Trust in Criminal Matters: the European Court of Justice gives a first interpretation of a provision of the Convention implementing the Schengen Agreement. Judgment of the European Court of Justice of 11 February 2003 in Joined Cases C-187/01 and C-385/01, Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge*', *German Law Journal*, <https://www.germanlawjournal.com>.

VERVAELE, John A.E., '*The Transnational Ne Bis In Idem Principle in the EU Mutual Recognition and Equivalent*

Protection of Human Rights', *Utrecht Law Review*, Vol.1, Issue 2, December 2005.

VERVAELE, John A.E., '*Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU*', *Utrecht Law Review*, Y. 2013, S. 9.

VON BOCKEL, Bas, '*The ne bis in idem Principle in the European Union Legal Order: Between Scope and Substance*', *Academia of European Law Forum*, Y.2012, S.13.

YENİSEY, Feridun, '*Milletlerarası Ceza Hukuku, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuat*', İstanbul 1988.

1589 tarihli Sparry's Case, <<http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1572/374.pdf>>.

<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/R/ResJudicata.aspx>.

<http://www.hri.org/docs/Schengen90/>>,

HUKUK DEVLETİ, DEMOKRASİ VE ANAYASACILIK EKSENİNDE ANAYASA YARGISI VE YARGISAL AKTİVİZM

Semih Batur KAYA*

ÖZET

Anayasa, normlar toplamı olarak basit bir hukuksal metin değildir, aksine insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda bir değer ve düşünce bütünüdür. Zira modern anlamda anayasacılık, bir yandan devleti birey lehine sınırlandırırken diğer yandan kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti, çoğulcu demokrasi gibi mekanizmalarla siyasi sistemi insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda işlevsel hale getiren bir yaklaşımı ifade etmektedir. Böylelikle, iktidar veya değişik görünüm biçimleri için sınırlanma, dengelenme ve denetlenme sağlanmış olur. Hukuk devleti salt biçimsel tutarlılık ile yapılanmış normlardan müteşekkil değildir; insan hak ve özgürlükleri için belirli bir güvence öngören, siyasi ve sosyal yaşam pratiğinde bireyin değer ve düşüncesini özgürce ifade edebilmesi için bireye özerk bir alan bırakan ve maddi açıdan nitelikli bir değerdir. Çoğulcu demokrasi ise bireyin anlam dünyasını oluşturan değer ve düşüncelerin, iktidarda veya çoğunlukta olup olmadığına bağlı olmaksızın, bireye güvenli bir siyasi ve sosyal yaşam alanı hazırlar. Bu noktada anayasa yargısı, anayasal düzen için bir güvence oluşturur; zira yasamadan kaynaklanabilecek ve hukuk devleti ve çoğulcu demokrasiyi tahrip edebilecek faaliyetler engellenebilir. Dolayısıyla anayasa yargısı, yargısal denetim sonucu kimi zaman bu doğrultuda bir koruma sağlamak için aktivist tavır sergileyebilir. İşte burada, aktivist tutum birey aleyhine iktidar veya devlet organlarının yetkilerini arttırmadığında, bir diğer anlamda insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda geliştiğinde, olumlu karşlanır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Devleti, Çoğulcu Demokrasi, Yargısal Aktivizm, Twitter Kararı

CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND JUDICIAL ACTIVISM IN TERMS OF RULE OF LAW, PLURALISTIC DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALISM

ABSTRACT

The constitution is not, as the collection of norms, a simple juridical text; on the contrary, in accordance with human rights and liberty, it is the total of value and opinion. Yet, in modern meaning, constitutionalism both restricts the state in favor of the individual and expresses an understanding that, with such values as checks and balances, state of law, and pluralistic democracy, functionalizes the political mechanism in accordance with human rights and liberty. Therefore, restriction,

*Arş. Gör., Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

stabilization, and inspection are in question for the rulership and other complexion forms. The state of law is not the glorification of norms structured with pure formal consistency; it is a value that projects particular assurance for human rights and liberty, that leaves individuals an autonomous space to let them freely express their values and opinions in political and social life practice, and that is bodily qualified. Pluralistic democracy prepares a safe political and social living area for the individual, independently from whether the values and opinions forming the individual's world of meaning find a place in rulership or majority. At this point, constitutional jurisdiction makes up assurance for the constitutional order; yet actions that may stem from living and that ruin state of law and pluralistic democracy can be prevented. Thus, constitutional jurisdiction can sometimes exhibit activist behaviors in this direction and that is a positive activist attitude.

Keywords: *State of Law, Pluralistic Democracy, Judicial Activism, Twitter Decision*

Giriş

İnsan hak ve özgürlükleri, uzun bir siyasi ve sosyal mücadele sonrası bugün olduğu konuma gelebilmiştir. Bu mücadele, kimi zaman dram ve trajedilerle kimi zaman sevinçlerle örülü çok değişkenli yazgısal bir denklem niteliğindedir. Denklem çözümü olduğu en önemli nokta ise anayasacılık düşüncesinin ide olarak gökyüzünde bulunduğu soyut şekilden yeryüzünde siyasi ve sosyal yaşam pratiğine somut bir şekilde dökülmesi olmuştur. Gerçekten de insan hak ve özgürlüklerinin tanınıp güvenceye bağlanması, iktidara dair meşruiyet algısının iyi yöneticiden iyi yönetime evrilmesi insan merkezli bir dünya, bir yaşamsal alan hayalini canlandırması bakımından tarihin önemli bir dönüm noktasıdır. Böylece iktidar, istediğini istediği gibi biçimlendiren *prokrustes*¹ ve modern anlamda türevi *leviathan*²

¹ *Prokrustes* Yunan mitolojisinde yer alan bir hayduttur. Atina ile Megara arasındaki yolda pusuya yatan Prokrustes demirden yapılmış iki yatağa sahipti. Yoldan geçenleri öncelikle soyup ardından söz konusu yataklara yatırır; burada boyu uzun olanları kısa yatağa yatırıp vücudun artan kısımlarını keserken boyu kısa olanları da uzun yatağa yatırıp yatağa uyması için çekip uzatır. Bu ilginç haydut daha sonraları aynı yöntem ile *Theseus* tarafından öldürüldü. Ancak nihayetinde *Prokrustes*'in sahip olduğu bu düşünce sistemi ve buna bağlı olarak yaşam biçimi gerek modern devlet gerek modern öncesi devletin iktidar tarzlarına hiç de yabancı değildir. Gerçekten de tarihin neredeyse her döneminde siyasi ve sosyal mühendislikle tek tip kültür toplama yapan, tepeden inmece şekilde istediğini istediği gibi şekillendiren, statik ve dogmatik iktidar pratiğini sergileyen *prokrustes* devletler olmuştur.

² *Leviathan*, 1651'de Thomas Hobbes'un yazdığı ünlü eseridir. Eserde din ve ahlak kurallarının iktidar ve devlet ile ilişkisi dünyevi ve doğal bir sisteme oturtularak değerlendirilmiştir. Hobbes'un bu eksenle geliştirdiği siyasi sistemde devlet, mutlak güç ve yetkilere sahip egemendir. Dolayısıyla bireyin hak ve özgürlüklerini çiğneyen, demokratik kültürden uzak ve mutlak güç ve yetkilerle donatılmış iktidarlara için *leviathan* adeta bir sembol olmuştur.

bir yapılanma olmaktan sıyrılmış olup insanın insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda görevlendirmesi sonucu harekete geçecek bir tür işlevsel mekanizma haline gelecektir. Dolayısıyla birey, gerek siyasal gerek sosyal hayatın her alanında kendi anlam dünyası ve buna bağlı olarak geliştirdiği değerler dizisinin dışavurumu olan eylemselliği açısından özerk bir alan sahibi olacak ve devlet yapılanması karşısında kendisini güvende ve huzurlu bir şekilde hissedecek ve kendi değer ve düşüncelerini doğrudan ifade edebilecektir.

Çalışmada ilk olarak, anayasacılık ve anayasacılığın içeriğini oluşturan değerler dizisinin bir incelemesi ve iktidar yapılanmasını değiştirilişi konu edilmektedir. Böylece, anayasacılığa bağlı değerler dizisi olarak hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi anlayışı çerçevesinde anayasa yargısı ve anayasa yargısının insan hak ve özgürlüklerini geliştirme doğrultusunda kullanıldığında olumlu bir anlam kazanan operasyonel güç olarak yargısal aktivizm kavramları analiz edilmektedir. Bu bağlamda, ilk olarak kavramsal çerçeve oluşturulmuştur. Burada anayasa salt devletin organlarını tanımlayıp yetki ve görev dağılımını yapan bir belgeden ibaret değildir. Anayasa aynı zamanda insan hak ve özgürlüklerinin güvenceye bağlandığı bir değer ve düşünce kümeleşmesidir. Böylelikle anayasa devlet denilen dinamik mekanizmanın organlarını bir yandan tanımlayıp nitelerken diğer yandan fonksiyonelliğini de hak ve özgürlükler doğrultusunda belirtmektedir. Bu durumda, anayasacılığın da salt devletin sınırlılığını ortaya koyan bir düşünce biçimi olmadığı anlaşılmaktadır. Anayasacılık, tarihsel süreç içerisinde geliştirdiği devrim sonucunda hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi anlayışı ile anlam kazanmıştır. Özellikle bu bağlamda öngörülen anayasa yargısı da hak ve özgürlüklerin korunması noktasında önemli bir fonksiyonel güç teşkil etmiş ve modern hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi anlayışını tamamlamıştır. Dolayısıyla, bu doğrultuda anayasal denetim ile birlikte gerektiğinde aktivist tavır sergilenmiştir.

Çalışmada ikinci olarak, bir “kültür arkeolojisi” çalışması yapılarak iktidarın hak ve özgürlükler karşındaki konumu bağlamında hukuk devleti ve demokrasi kavramları ile meşruiyet olgusu analiz edilmektedir. Burada, hukuk devleti ile devlet iktidarı ve iktidar türevi olgular karşısında birey ile olan yatay ve dikey hiyerarşiler çözümlenmektedir. Devlet de, birey de veya diğer grup ve benzeri yapılanmalar da hukuk karşısında eşittir ve hukuka bağlı konumdadır. Dolayısıyla, iktidar ve organları gerekçesi ne olursa olsun hukuk dışına çıkmamalıdır. Bununla birlikte, buradaki hukuk salt biçimsel

bir normlar yapılanması değildir, aynı zamanda insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda geliştirilen bir değerler ve düşünceler bütünüdür. Çoğulcu demokrasi ise bu kapsamda beliren değer ve düşüncelerin politik ve sosyal alanda eylemselliğini işlevsel kılmaktadır.

Çalışmada üçünü olarak ise anayasa yargısının operasyonel gücü olarak yargısal aktivizm kavramı irdelenmektedir ve bu bağlamda örnek olarak Anayasa Mahkemesinin Twitter adlı sosyal medya platformuna ilişkin kararı incelenmiştir. Böylece aktivizm, muhtemel sebepleri de göz önüne alınarak ortaya koyulmakta ve anayasa yargısının anayasal denetim sonucu gösterdiği akitivist tavrın olumlu ve olumsuz yanları üzerinde durulmaktadır.

I. Kavramsal Çerçeve

A. Anayasa

Kelime anlamı olarak anayasa “oluşum”, “kuruluş” anlamlarına gelmektedir; zira kelime kökeni bakımından anayasa Fransızca “oluşturmak, meydana getirmek, kurmak, teşkil etmek” gibi anlamlara gelen *constitute* fiilinden türemiştir³. İngilizce *constitution* ise “anayasa, tüzük, bir ülkenin veya kurumun nasıl yönetileceğini ve bireylerin haklarını belirten temel yasa veya temel kurallar dizini” olarak tanımlanmaktadır⁴. Bu şekli ile anayasa, Osmanlı döneminde 1876’da Kanun-ı Esasi(esas, temel kanun) olarak kullanılır iken Cumhuriyet döneminde 1921 ve 1924’te Teşkilat-ı Esasiye Kanunu(esas, temel kuruluş) şeklinde ve daha sonra 1961 ve 1982’de ise “Anayasa” kavram ve adlandırma olarak kullanılmıştır⁵. Esasında Anayasa kavramı, daha önce 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun Türkçeleştirilmesi ile 1945 yılında kullanılmış idi⁶.

Anayasa, siyasal sistem içerisinde yer alan bütün aktörlerin görev ve yetki bakımından alan dağılımını ve bunların sınırlarını belirten, bağlayıcı ve üst normları içeren bir metindir. Böylece, bir yandan yetki ve görev açısından hukuksal bir altyapı hazırlanırken diğer yandan devletin organları arasında hukuksal belirlilik sağlanmış olmaktadır. Dolayısıyla, devletin organları ve bu organlar arasındaki ilişkiler düzenlenirken aynı zamanda söz konusu kurumlar

³ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa: Ekin Yayınları, 2010, s.20.

⁴ Adil Şahin, *Siyasal Düşünceler Tarihinde “Sınırlı Devlet” Fikrinin Kadımlığı Ya Da Genel Kamu Hukuku Bağlamında İnsan, Özgürlük ve Devlet İktidarı Algısındaki Evrilme*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XV, S. 3, 2011, s.328.

⁵ Gözler, a.g.e., s.20.

⁶ Gözler, a.g.e., s.20.

yapısal olarak tanımlanmakta, kapsam gücü bakımından nitelenmekte ve işlevsellik açısından belirtilmektedir. Bu şekilde politik alana tezahür eden devlet yapılanması, hukuksal belirlilik ile modern anlamda kurumsal bir kimlik kazanmış olmaktadır. Fakat modern devlet, bu yönde salt mekanik bir mekanizma olarak algılanmamalıdır. Burada bu mekanizmaya anlam ve değer katan, anayasacılık ekseninde gelişen insan hak ve özgürlüklerdir; zira anayasacılık ile devlet iktidarı birey lehine sınırlanırken bireyin hak ve özgürlükleri güvenceye alınmaktadır.⁷

Bu anlamda anayasa kavramı, hukuk devleti ve demokratik değerler dizisine bağlı değerlere yönelik salt imgesel bir kümeleşmeden ibaret değildir. Siyasal ve sosyal hayatın merkezine insanı alan, insan yapımı ve işlevsel bir dinamik kültürdür. İnsan ürünü anayasalarda modern değerler bir anlamda bir imgede durulmaktadır. Böylece, hukuksal alan içerisinde salt duyumsal değil aynı zamanda kültürel bir kavrayışa da yol açılmış olmaktadır; değer aşımı önlenerek, anayasalar geçici veya aynı şeyleri gereksiz bir şekilde ifade eden birer belge olmaktan sıyrılmıştır.

B. Anayasacılık

Her ne kadar düşünsel anlamda daha eski dönemlere gidilebilirse ve ilkel biçimleri tarihte görülebilirse de modern anlamda devlet, 16.yy ve sonrasında yapılanmaya başlamıştır. Bu döneme kadar, devletin iktidar paylaşımında insan özne değildi ve daha çok politik alanın dışında tutulmaya çalışılıyordu. Fakat modern devletin oluşması sürecinde yaşanan Rönesans ile aklın ön palana çıkarılması, bireyin belirmeye başlaması, Reform hareketleri ile Kilise'nin eklemlediği yozlaşmış iktidarın dağılmaya başlaması insanın özneleşme sürecini hızlandırdı. İşte bu noktada, sınırlı devlet olgusu siyasal ve toplumsal hayatta fiilen⁸ uygulanmaya başlandı ve

⁷ Albert'in de belirttiği gibi anayasa günlük hayatın neredeyse her alanında kendi varlığını hissettirir. Sanat, spor, politika ve benzeri alanların hukuki işleyişinde, günümüzde artık anayasallaşma söz konusudur denebilir. Anayasa ile devletlerin uluslararası arenada davranış biçimi, toplumların kendilerini düzenleme şekli, grupların bireylerle ilişkisi, bireylerin bireylerin ilişkisi gibi pek çok alan düzenlemektedir ve böylece anayasal bir anlam ifade etmektedir. Richard Albert, *The Cult of Constitutionalism*, Florida State University Law Review, C. 39, S. 2, 2012, s. 374. "Anayasa yazılı olarak ortaya çıkmadan önce de anayasacılık düşüncesi söz konusuydu. Fakat genelde insanlar erken dönemden bu zamana kadar gerek siyasi gerek din metinlerle siyasi veya inanç alanını daha çok yazılı olarak düzenleme eğilimi göstermişlerdir." Albert, a.g.e., s. 377.

⁸ Üst ve bağlayıcı bir norm ile devlet iktidarını sınırlandırma olgusu düşünsel düzlemde modern öncesi zamanlara dayanır. Dolayısıyla modern anlamda anayasacılık Thomas Hobbes(1558-1679) ve George Wilhelm Friedrich Hegel(1770-1831) ve sonrasında

hukuksal alana izdüşümlerini bıraktı. Böylece, devlet iktidarının kuruluş ve işleyişini düzenleyen ve bununla birlikte devletin sınırlandırılarak insan hak ve hürriyetlerini tanıyıp güvenceye bağlayan anayasalar hazırlandı. Yazılı ve katı olan söz konusu anayasalar, devleti insan lehine sınırlıyor ve hak ve hürriyetleri düzenliyordu⁹. Bu şekilde kanun ve diğer yazılı hukuk kurallarının üzerinde yer alan ve değiştirilip düzenlenmesi kanunlardan zor olan bağlayıcı bir üst norm olgusu “anayasacılık”¹⁰ olarak ifade edilmektedir.¹¹

Bu bakımdan anayasacılık, siyasal iktidar mekanizmasında hukuk aracılığı ile insanın özne durumuna gelmesidir. Böylece sınırlanmış ve iktidarı bölünmüş¹² devlet, ontolojik meşruiyetini insan hak ve özgürlüklerini tanıyıp güvenceye bağlayarak sağlamış olacaktır. Böylelikle devlet, yatay düzlemde insana alternatif veya simetrik değil, tam tersine araçsallaştırılmış olacaktır. Burada devlet kült bir yapısalıktan insan hak ve özgürlüklerini tanıyan ve hak ve özgürlüklerin bağlandığı güvenceye sadık kalan işlevsel bir mekanizmaya evrilmektedir. Deyim yerindeyse devlet, Locke’un “gece bekçisi” gündüz insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda hizmetçi niteliğinde olmalıdır. Dolayısıyla devlet, birey karşısında rasyonel olmayan bir kayıtsızlık içerisine girmemelidir. O halde devletin en kutsal görevi teker teker bireylerin

tasarlanmış olsa da anayasacılığın içini dolduran değerler dizisi Stoacılar(M.Ö. 300-M.S. 100), Plato’da(M.Ö. 427-347), Roma Hukuku ve sonrasında düşünsel birikimle ile oluşmuştur. Böylelikle Adil Şahin “...devlet iktidarını sınırlandırma olarak tanımlanan anayasacılık düşüncesinin ideolojik temeli liberalizm, sınıfsal temeli de burjuvazi değildir.” demiştir. Bu konuda bkz. Adil Şahin, *Siyasal Düşünceler Tarihinde “Sınırlı Devlet” Fikrinin Kadimliği Ya Da Genel Kamu Hukuku Bağlamında İnsan, Özgürlük ve Devlet İktidarı Algısındaki Evrilme*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XV, Sayı: 3, Yıl: 2011. Eski ile modern arasındaki köprüde “bireyci modern devlet ve egemenlik kavramları” ve “siyasi-devletli-toplum” ve bu bağlamda sınırlı devlet ve hukuk devletinin izlerini sürmek için ayrıca bkz. Cemal Bali Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, b. 4, Ankara 2010.

⁹ Gözler, a.g.e., s.70.

¹⁰ Sınırlı devlet söyleminden hareket edilerek tanımlanan klasik(Ortodoks) anayasacılık anlayışı eleştirilmiştir. Bu anlayış anayasal devletin siyasal yaşam pratiğini açıklamada dar kaldığı ve dolayısıyla siyasal iktidar etki eden “formel” veya “informel” bileşkeleri de kapsayan bir kavramsallaştırmanın gerekliliğinden söz edilmiştir. Dolayısıyla sınırlı iktidar olgusu günümüzde özellikle iktisadi müdahaleler göz önüne alındığında hayali kalmaktadır. Anayasal devlet pratiğinin sosyolojik okuması niteliğinde bu yaklaşım “Ortodoks” anayasacılık düşüncesinin parametrelerini geçersiz kılmaz; zira reel düzlemdeki ampirik verilerin teori karşısındaki senkron kayması bu anlayış tarafından reddedilmiş değildir. Bu konuda bkz. Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 79.

¹¹ Gözler, a.g.e., s.70.

¹² Burada kuvvetler ayrılığı karşımıza çıkmaktadır. Anayasacılık kuvvetler ayrılığı ile yakından ilgilidir. Yasama, yürütme ve yargı arasında iktidar yetki ve görev dağılımının yapılması günümüz liberal demokrasi anlayışlarının hukuk devleti pratiğinde adeta yaşamsal kaynak işlevi görmektedir.

mutluluğunu sağlamaya çalışmaktadır. Bu bağlamda geçmişte aristokrasi, monarşi ve burjuvazi arasında sıkıştırılan birey, bugün seçkin elit gruplar ile devlet arasında kullanılan bir figür olmamalıdır. Böylece, anayasacılık yaşam pratiğinde bir yanda bireyi devlete karşı özne duruma getirirken öbür yanda birey için toplumsal alanda veya diğer sivil baskı grupları karşısında özerk alan açmaktadır.

Bununla birlikte, modern anlamda anayasacılığın önemli gereklerinden bir diğeri de çoğulcu demokrasi anlayışıdır. Zira çoğulcu demokrasi anlayışı ile anayasacılığın beraberinde getirdiği değerler dizisinin olgusal tutarlılığı reel düzlemde de sağlanmış olmaktadır. Gerek siyasal gerek sosyal alanda birey, sahip olduğu hak ve özgürlükler doğrultusunda kendisini ifade edecek, bir anlamda içselleştirdiği değerleri yaşam pratiğinde eylemselliğe dökebilecektir. Dolayısıyla, iktidarda olsun veya olmasın kendi değer ve düşünce dünyasında birey özerk bir alana ve bu alan içerisinde hareket kabiliyetine sahip olacaktır.

Bu bağlamda anayasacılık, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasiye gidilen süreçte düşünsel bir basamaktan öte anlamlar taşır. Hukuk devleti, önceden bilinebilir, genel, soyut kurallar öngörerek bireyin siyasal iktidar ve idare karşısında hukuksal güvenliğini sağlamaktadır¹³. Böylece siyasi iktidar, gerek “yasaların yapılması” gerek “yasaların uygulanması” sürecinde hukuk normlarına bağlı kalacaktır ve bağımsız yargı organı tarafından yargısal denetime tabi tutulacaktır¹⁴. Dolayısıyla anayasacılık, insan hak ve özgürlüklerinin pratiğe geçmesi açısından modern devlet ile bir tür köprü kurmaktadır. Bu itki ile devlet, nesne konumunda meşruiyet bulmakta ve hak ve özgürlükler doğrultusunda fonksiyonelliğini devam ettirmektedir.

Dolayısıyla, reel düzlemde anayasacılık düşüncesinin bir karşılığını bulmak için hukuk devleti, anayasal demokrasi, insan hakları, kuvvetler ayrılığı ve anayasanın üstünlüğü gibi kurumsal araçların gerekliliği karşısında yazılı, katı ve üst bir norm olarak anayasa tasarımı “geleneksel anayasacılık” olarak belirtilmiştir¹⁵. Özellikle 17. yy ve sonrasında, birey iktisadi ve siyasi iktidar ilişkilerinde merkezi bir konumda yer almaya başlamıştır ve böylelikle hak ve özgürlükler fiilen de güvenceye kavuşturularak, anayasacılık hukuksal alanda

¹³ Arslan, a.g.e., s. 67.

¹⁴ Levent Gönenç, “Ortaçağ Anayasacılığı”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan içinde *Ortaçağ Avrupası’nda Anayasacılığın Düşünsel ve Kurumsal Temelleri*, (Der: Serap Yazıcı, Kemal Gözler, Ece Göztepe), Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 269.

¹⁵ Şahin, a.g.e., s.335.

klasik anlayışından sıyrılmıştır¹⁶. Öte yandan, yukarıdaki kurumsal araçların somut bakımdan bir anlam ifade etmesi için kanunların yargısal denetimi, yani anayasa yargısı gerekir ki böylece “modern anayasacılık” kavramı şekillenmiş olur¹⁷. Gerçekten de hukuk devleti ve çoğulcu demokrasinin reel düzlemde bir anlam ifade edebilmesi için çoğunluk sorununa bağlı olarak yasamadan kaynaklanabilecek bazı pürüzlerin, deyim yerindeyse yan etkilerin önüne geçilmesi gerekir.¹⁸

C. Anayasa Yargısı

Anayasanın üstünlüğünün ve dolayısıyla bağlayıcılığının fiilen işlevsel kılınabilmesi için, kanunların anayasaya uygunluğunun sağlanması gerekmektedir. Burada, karşımıza anayasa yargısı kurumu çıkmaktadır. Anayasa yargısı, adından da belli olduğu üzere bir yargılama faaliyetidir; böylece, kanunların anayasa karşısında yargısal denetimi söz konusu olmaktadır¹⁹. Ülkemizde bu yargılama faaliyetini bir yargı organı olan Anayasa Mahkemesi yapmaktadır.

Peki, anayasa yargısının sağlanmasında araçsal gereklilikler nelerdir? Her şeyden önce yazılı bir anayasanın söz konusu olması gerekmektedir. Bununla birlikte anayasa katı olmalıdır; yani anayasa adi kanunlar gibi değil, daha zor şartlarda değiştirilebilmelidir.²⁰ Ayrıca, anayasal denetimde ölçüt norm olan anayasanın kendisinde anayasa yargısı öngörülmesi olmalıdır ve yargılamayı yapacak organ ve bu organın yetkisi düzenlenmelidir²¹. Bu bakımdan İngiltere, Yeni Zelanda, İsrail, Belçika, Finlandiya, Lüksemburg, Hollanda ve İsviçre gibi bazı ülkelerde anayasa yargısı kurumu söz konusu değildir. Nitekim söz konusu ülkelerin bazılarında, İngiltere’de örneğin,

¹⁶ Süheyl Batum, *99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010, s.3. Bu bağlamda 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Evrensel Bildirisi’nde “Hakların güvence altına alınmadığı, kuvvetler ayrılığının bulunmadığı bir toplumda anayasa yoktur” denilmiştir. Batum, a.g.e., s.3.

¹⁷ Şahin, a.g.e., 335. Ayrıca bkz. Gözler, a.g.e., s.71.

¹⁸ Bu doğrultuda Mustafa Erdoğan’ın da belirttiği gibi “Bugün anayasa yargısı anayasacılığın ve anayasal demokrasinin neredeyse odak noktası durumuna gelmiştir. Ayrıca, kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, daha temelde, devletin bir “hukuk devleti” olarak, yani hukukun hakimiyeti altında işlemesi amacına da hizmet etmektedir.” Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Orion Yayınevi, Ankara 2005, s.50.

¹⁹ Gözler, a.g.e., s. 422.

²⁰ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, Türk Anayasa, s.403.

²¹ Gözler, a.g.e., s. 424-425.

anayasa yargısı için gerekli yazılı ve katı bir anayasa yoktur²². Karşılaştırmalı siyasal sistemlerde anayasa yargısının önemi büyüktür; zira anayasal denetim neticesinde, yasama faaliyeti sonucu ortaya çıkan kanunlar hükümsüz kılınabilmektedir. Ayrıca bu özellik ile birlikte, hükümetlerin gelecekteki politik alanları da düzenlenebilmektedir. Dolayısıyla anayasa yargısı, siyasal alandaki etkisi sebebiyle kimi zaman veto aktörü²³ olarak algılanmaktadır.²⁴

Anayasa yargısı, ilk defa 1803 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde Marbury v. Madison davasında söz konusu olmuştur. Federal Yüksek Mahkeme, burada kanunların anayasaya uygunluğunun denetimini yapmıştır ve anayasaya uymayan kanunların uygulanmaması gerektiğine hükmetmiştir²⁵. Yargıç Marshall'ın 1803'te verdiği karar doğrultusunda anayasa yargısı, artık politik bakımdan zayıf bir aktörden güçlü bir aktör olmaya doğru evrilmiştir. Ona göre anayasa, ülkedeki hukuk sistemi içerisinde en üstün normdur. Hukukun bütünselliği ve normlar hiyerarşisi açısından yargıç Marshall'ın haklı olduğu söylenebilir. Gerçekten de ülkede hukukun gelişim evresinde olduğu bir zamanda, mantıklı bir norm uygulamasını sağlamak anlamında, mahkeme kararlarında bir standardın yakalanması gerektiği doğrultusunda Marshall'ın belirttiklerinin yerinde olduğu söylenebilir. Marshall'a göre bu durumda Federal Mahkeme, anayasanın ne anlama geldiğini belirleme gücüne sahipti ve diğer organlar, anayasa tarafından kendilerine verilen gücü aştığında Mahkeme'nin bunları geçersiz kılma yetkisi vardı. Söz konusu değerlendirme, en azından teoride kabul gördü ve ilerleyen süreçte anayasal uygulama bu düzlemde seyir etti. Artık anayasa yargısının uygulaması, bu bağlamda gelişen siyasal tartışmaların ana eksenine oturmuş oldu.²⁶ Gerçekten de artık

²² Yavuz Atar, *Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması*, Anayasa Yargısı, C. 25, 2008, s.94.

²³ Christoph Hönnige, *Constitutional Courts and the Challenges They Present to Comparative Politics*, International Word Congress, Santiago de Chile 2009, s.2.

²⁴ Gözler, a.g.e., s.433.

²⁵ Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, United States of America, 1986, s.356-357.

²⁶ İkinci Dünya Savaşı'ndan önce anayasa yargısı politik sistem içerisinde Amerika Birleşik Devletleri ve Avusturya da söz konusuydu. Fakat İkinci Dünya Savaşı sonrası dalgalar halinde gerek Avrupa'ya gerek diğer ülkelere yayıldı. Bu akım neticesinde temelde iki ana anayasa yargısı biçimi ortaya çıktı. İlki Hans Kelsen'in tasarladığı Kıta Avrupası modeli, ikincisi ise merkezi olmayan özellikle ABD tarzı anayasa yargısı modelidir. Kıta Avrupası modelinde anayasa yargısını sadece kararları diğer mercileri bağlayan anayasa mahkemesi yapabilirken diğer modelde kararları diğer mahkemeleri bağlamayan normal mahkemeler de anayasa yargısı yapabilmektedirler. Hönnige, a.g.e., s. 3-4. Kelsen'in teorisi ile şekillenen Avrupa modeli anayasa yargısında anayasa mahkemelerinin kararları kesindir ve mahkemeler

esas sorun anayasa yargısının varlığı değil, uygulanma amacı ve yönüne bağlı olarak meşruiyeti veya hangi yönde olması gerektiği olduğu söylenebilir.

Ortaya çıkışı açısından ABD'nin federal devlet şekli etkili olmuş olsa da, anayasa yargısı, esas anlamını zaman içerisinde insan hak ve özgürlükleri için güvence mekanizması olmaya doğru geçirdiği evrimsel süreçte bulmuştur. Avrupa'da, özellikle 2. Dünya Savaşı sonrası²⁷, anayasa yargısı gelişiminde insan hak ve özgürlüklerini koruma güdüsü, demokrasinin bu meyanda dönüşüme uğraması, hukuk devleti ilkesinin gelişimi önemli bir rol oynamıştır²⁸. Öte yandan anayasa yargısının bu anlamda kesinkes bir uygulamaya sahne olduğu söylenmemelidir; zira anayasa yargısının, demokratik rejimlerin otoriter rejimlere doğru kaymasını engellediği veya otoriter bir yönetimi demokrasiye dönüştürmeye yönelik kabiliyeti tartışmalıdır denebilir. Eğer bir "veto aktörü" olarak anayasa yargısı sahne alırsa, o zaman politik alanda istikrar sağlayabilir. Fakat bu yöndeki bir işlev söz konusu olursa o zaman da politik sistemin dışarıdan gelen krizlerle mücadele etme yeteneği tahrip edilmiş olunur ve istikrar bu şekilde yine sarsılma ile karşı karşıya kalabilir; Kelsen'in de değerlendirmelerine bakıldığında, anayasa yargısının demokratik işleyişten doğabilecek aksaklıkların önüne geçemeyebileceği söylenebilir.²⁹

D. Yargısal Aktivizm Kavramı

Yukarıda belirtildiği gibi, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi anayasa yargısı ile sağlanmaktadır. Özellikle ülkemizde anayasal denetim sonucu ortaya çıkan Anayasa Mahkemesi kararları, "yargısal aktivizm" kavramı çerçevesinde değerlendirmelere tabi tutulmuştur. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin yargısal aktivizm pratiği kimi zaman olumlu

yaptıkları anayasal yargılama ile ne tam yargısal ne tam politik olan kendilerine ait anayasal bir alan açmaktadırlar. Böylece anayasa mahkemelerinde bulunan yargıçlar anayasanın üstünlüğünü korumakla görevlendirilmiş olmaktadır. Alec Stone Sweet, *Constitutional Courts and Parliamentary Democracy (Special Issue on Delegation)*, West European Politics, C.25, 2002, s.79.

²⁷ Atar, Anayasa Mahkemesi'nin, s.93.

²⁸ Hönnige, a.g.e., s.14-15.

²⁹ "Davayı çözümleme sürecinde metnin kelimelerinin bütünlüğü ve kanun koyucunun niyeti yeterli bir şekilde ortaya koyulmadığından yargıcın yorumlama faaliyeti söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla yargıcın tavrına göre ortaya konulan yorumlama biçimi yerine göre aktivist veya sınırlayıcı olabilmektedir. Yargıç yorumlamada kendini metinden özgür hissettiği ve yeni anlamlar ortaya koyduğu oranda aktivist olurken, bu durumdan sakındığı ölçüde ise sınırlayıcı olmaktadır." Cesare Pinelli, *The Concept and Practice of Judicial Activism in the Experience of Some Western Constitutional Democracies*, Juridica International, C. XIII, 2007, s.31.

karşılanmış, fakat çoğunlukla ise olumsuz eleştirilere maruz kalmıştır. Yargısal aktivizmin, normların somut olaylara uygulanması sürecindeki yorumlama faaliyetini çağrıştırdığını söyleyebiliriz. Gerçekten de hukuk kurallarının reel ortamda uygulanması sürecinde yorumlanarak canlandırılması, bu tür bir sonucu doğası gereği ortaya çıkarabilmektedir. Hele ki kısa ve öz anayasa metinlerinin genel ve soyut normları içerdiği düşünüldüğünde durum biraz daha olağanlaşmaktadır.³⁰ Özellikle bu anlamdaki yargılamayı çok önemli kılan yapısal hatlar olarak yargılamanın önem teşkil eden kanun yapma otoritesi ve söz konusu otoritenin başka bir devlet kuruluşu tarafından denetlenememesi[□] göz önüne alındığında, tartışma başka bir boyutta cereyan eder bir niteliğe bürünmektedir.

Düşünsel temelde yargısal aktivizm kavramsal olarak henüz somutlaşmadan önce de vardı. Yani yargısal aktivizmin kavramsallaşıp kurumsallaşmasından önce de düşün hayatında söz konusu olduğundan, antikiteliğinden söz edilebilir. Bu bağlamda, yargıçların pozitif hukuk yaratma faaliyetleri “yargısal yasama” olarak ifade edilebiliyordu ve o dönemlerde de yargısal yasama faaliyeti tartışmalara konu ediliyordu. Örneğin Blackstone yargısal yasamayı ortak hukuk açısından olumlarken, buna karşılık Bentham söz konusu durumu yasama yetkisinin devre dışı bırakıldığı gerekçesi ile “zavallı bir safsata” olarak değerlendiriyordu³¹.

Kavram olarak yargısal aktivizm, ilk defa akademik olmayan bir dergide yayımlanan bir makalede kullanıldı. Hukukçu kimliği olmayan Arthur Schlesinger, Ocak 1947’de *Fortune* dergisinde yazdığı makalesinde yargısal aktivizm kavramını kullandı. Akademik bir kaygı güdülmeden kullanılan bu kavram, süreç içerisinde özellikle anayasa yargısı ekseninde doktrinde hararetli tartışmalara sahne oldu ve böylelikle kavramsal düzeyde belirli bir olgunluğa erişti.³²

³⁰ Roger Craig Green, *An Intellectual History of Judicial Activism*, (http://works.bepress.com/roger_craig_green/1/ erişim 07/05/2015), 2008, s.54.

³¹ Keenan D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, California Law Review, C. 92, S. 5, 2004, s.1444. Ayrıca bkz. Ozan Ergül, *Berraklaşırılmayan Bir Kavram: “Yargısal Aktivizm”*, TBB Dergisi, S. 104, 2013, s.42.

³² Yargısal aktivizm konusu Alman Federal Anayasa Mahkemesi için de tartışma konusu olmuştur; zira Barnstedt’e göre Alman Federal Anayasa Mahkemesinin yetkileri politikayı şekillendirmesine izin vermektedir. “Birçok yargı kararı politik anlaşmazlıklardan kaynaklanmıştır ve yine Mahkeme kararları politik alanı etkilemiştir. Her ne kadar Mahkemesinin aktivist olup olmadığı noktasında farklı görüşler olsa da bu anlamdaki sonucun anayasal ve politik bakış açısına göre değiştiği söylenebilir. Olması gereken ise aktivist olup olmadığının gerekip gerekmediğidir.” Luise Elke Barnstedt, *Judicial Activism*

Fakat buna rağmen “yargısal aktivizm” kavramının tam olarak netleştirilemediği söylenebilir. Young’a göre yargısal aktivizm kavramı, doğasından hareketle içeriksiz, anlamsız veya içi boş bir çağrışım uyandırmamalıdır. Yargısal aktivizm kavramı farklı açılardan tanımlanabilmektedir ve her bir tanım yargılamada karar alım sürecine ilişkin bir noktaya dikkat çeker nitelikte olmaktadır. Bununla birlikte bir yönü ile aktivist olan bir karar başka bir yönü ile ise sınırlayıcı olarak nitelendirilebilmektedir. O halde, belirli ve sabit bir denge ile bir kararın, yargılamanın veya mahkemenin aktivist veya sınırlayıcı olarak nitelendirilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu gerçeklik karşısında, kavram olarak yargısal aktivizm kolay bir şekilde manipüle edilebilir bir halde bulunmaktadır ve gerek akademik anlamda gerek politik tartışmalarda, konuya bakış açısına göre çeşitli nedenlerle beğenilmeyen yargı kararlarına yönelik bir sıfat olarak kullanılmaktadır.³³ Aktivizm, yargıçların anayasaya başvurarak idarenin neyi nasıl yapması gerektiğini belirlemesini sağlayan bir kavram olarak algılanmıştır ve aktivist yargıçlar seçilmişlerin iradesi yerine kendi iradelerini koymakla itham edilmişlerdir.³⁴

Dolayısıyla kavram, koşulsuz, açıklama yapılmadan, nitelikleri belirtilmeden yorumlanamamaktadır. İlginçtir yargısal aktivizm kavramı 1990’lı yıllarda ve devam eden süreçte şaşırtıcı bir şekilde birçok yayında ve çoğunlukla çok farklı açılardan kullanılmaya başlandı; ancak kavram yaygın bir şekilde kullanıldıkça anlamı gittikçe belirsizleştiği söylenebilir. Bu durumun, kavramın birbiriyle uyuşmayan, hatta karşıt ve çelişkili bir şekilde tanımlanmasından kaynaklandığı söylenebilir.³⁵ Gerçekten de kavram olarak geniş popülerliğinin aksine yargısal aktivizmin yeteri kadar anlaşılmadığı söylenebilir.³⁶

Schlesinger yargısal aktivizm skalası üzerinde yargıçları aktivist, sınırlı ve ortada olmak üzere konumlandırıyordu.³⁷ Ona göre, aktivist

in the Practice of the German Federal Constitutional Court: Is the GFCC an Activist Court?, Juridica International, Law Review University of Tartu, C. XIII, 2007, s.46.

³³ A. Ernest Young, *Judicial Activism and Conservative Politics*, Colorado Law Review, C. 73, S. 4, 2002, s. 1141-42.

³⁴ COHEN, Adam, Last Term’s Winner at the Supreme Court: Judicial Activism, *The New York Times*, (erişim 09/07/2007).

³⁵ Kmiec, a.g.e., s.1442-43.

³⁶ Green, a.g.e., s.1.

³⁷ Fortune’deki makalesinde Schlesinger Yüksek Mahkemedeki dokuz yargıcın aktivizm skalasındaki konumunu tayin etmeye çalışıyordu ve aralarındaki ortaklık ve farklılıkları

yanlısı yargıçlar açısından siyaset ve hukuk bütünseldir. Statik ve vesayetçi hukuk anlayışından sıyrılmak gerekir. Bu açıdan yargıçların adalet pratiğine güvenmek gerekmektedir, aksi takdirde yargısal sınırlılık “kendini inkar” demek olur. Bu durumda yasaları anlamlandırma sürecinde kimin veya hangi gurubun menfaatine uyacağı düşünülmeden davranılmalıdır. Dolayısıyla, anayasanın ruhuna ve amacına aykırı davranmayarak korunmasız kimselerin zarara uğratılmaması, hakların güvenceye bağlanması ve böylece yargısal aktivizmin yapılması olağan karşılanmalıdır. Böylece aktivist yargıçlar açısından yargısal sınırlılığı savunanların yasama sürecindeki hataların yasamanın kendi sorunu olduğu, hukukun siyaset alanının dışında kaldığı, öteki türlü yasamanın sorumsuzluğa evirileceği ve demokrasinin yozlaşacağı tezleri değersizleşmektedir³⁸.

Schlesinger’in makalesi, yargısal aktivizm ile ilgili tartışmalara önemli bir ilk çalışma olarak katkıda bulunmuştur. Tartışma bazı yönlerden ortaya konulmaktadır. Burada; seçimle iş başına gelmemiş yargıçların iradesi karşısında demokratik olarak yapılan normlar, sonuç odaklı yargılama karşısında ilkelere bağlı olarak karar alınması faaliyeti, anayasal ilkeler bağlamında katılık ve kuralcılık karşısında yaratıcı içtihat uygulaması, demokrasinin üstünlüğü karşısında insan hakları, hukuk karşısında siyaset ve benzeri diğer eşdeğer ayrımlar söz konusu olmaktadır. Ancak bu ön çalışma bile yargısal aktivizme yönelik modern tartışmalar bağlamında sorunların bazı belirtilerini göstermektedir. Zaten bu ilk çalışmada, yargısal aktivizm için kavramsal açıdan kesin bir tanımlama yapılmamaktadır. Hangi ayırt edici özelliklerin bir kararı aktivist yaptığı açıklanmamaktadır. Aksine birçok nitelik aktivistlere ve kendi kendilerini kısıtlayan şampiyonlara atfedilmektedir ve dolayısıyla kararlardan hangilerinin gerekli, yeterli veya yersiz olduğuna karar vermek mümkün gözükmemektedir. Ancak kavramın ilk olarak kullanıldığı

ortaya koyuyordu. Burada Schlesinger, yargıçlardan Black, Douglas, Murphy ve Rutledge’yi yargısal aktivist olarak niteler iken Frankfurter, Jackson ve Burton’u ise “kendi kendini kısıtlamanın şampiyonları” (champions of self restrain) şeklinde nitelendirmiştir. Bununla birlikte yargıçlardan Reed ve başkan Vinson ise arada yer alırlar denebilir. Bkz. Kmiec, a.g.e., s.1446.

³⁸ Ergül, a.g.e., s.42-44. Eleştirel anlamda ve olgusal düzeyde yargısal aktivizm kavramının üzerinde durduğu “kaygan zemin” ve yer ve uygulanış biçimine göre süreç içerisinde algısal dönüşümü için bkz. ERGÜL, Ozan, Berraklaştırılmayan Bir Kavram: “Yargısal Aktivizm”, *TBB Dergisi*, Sayı: 104, 2013. Schlesinger’in aktivizm skalasında aktivizme yakın olarak konumlandığı yargıçlar hukuk ve siyasetin ayrılmaz olduğuna inanmaktadırlar. Dolayısıyla Mahkeme politik alan ve yorumdan sıyrılamaz; o halde birkamak gerekir ki aktivizmin siyaseti belirleme yeteneği sosyal amaçlar doğrultusunda kullanılmalı ve bu şekilde aktivizm anlam bulsun. Kmiec, a.g.e., s.1447.

bu dönemde halihazırda kavram ile ilgili bir tanımlama faaliyeti söz konusu olmadığı göz önüne alındığında, söz konusu durum olağan karşılanmaktadır.³⁹

Gerçekten de yargısal aktivizmin kavram olarak tanımlanmasının çetrefilli bir uğraş olduğu kabul edilmektedir.⁴⁰ Öte yandan Green'e göre yargısal aktivizmin güncel yaygın kullanımı hatalı ve yersizdir. Kanun ve kuralları geçersiz kılan yargısal kararların Schlesinger'in bahsettiği aktivizmin orijinal anlamıyla bir bağlantısı yoktur. O halde yargısal aktivizm kavramının, yargının kültür normları üzerine temellendirilmesi ve yargısal görev alanından uzaklaştığı dikkate alınarak yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. Belki o zaman sınırlarının belirlenmesine güçlük çekilen bu kavramsal belirsizliğe bir anlamda yön tayin edilebilir ve aktivizm skalasında kavramsal belirlilik yolunda istikamet kazandırılabilir.⁴¹

II. Hukuk Devleti, Demokrasi ve Meşruiyet

A. Meşruiyet Olgusu

Meşruiyet olgusunun sosyal bilimlerde kesinkes sınırları çizilememiştir. Hatta söz konusu bilim dalına göre çeşitli görünüm biçimlerinin olduğu, zamansal ve mekânsal anlamda dönüşüme de uğrayabildiği söylenebilir. Nitekim dinsel, ideolojik, etnik veya antik iktidar anlayışları bağlamında siyasal yaşam pratiğine farklı izdüşümleri bırakabilmektedir. Bu anlamda, meşruiyetin iki ana boyutundan söz edebiliriz. Birincisi, yatay düzlemde birey-birey veya birey-toplum arasındaki sosyal ve psikolojik ilişkide belirir. Şüphesiz burada birçok bileşkeden söz edilebilir; ancak bu düzlemde meşruiyet olgusunu şekillendiren ana motif veya başka bir deyişle yaşamsal kaynak, psiko-sosyal alandadır. Daha sosyal hayatın erken dönemlerinde, aile hayatında, meşruiyet olgusunun belli yönlerini hissedebiliriz. Ataerki aile yapısında, sözgelimi özellikle babanın iktidarına karşı etkilere çoğunlukla olumsuz tepkiler vererek meşruiyet algımız içten oluşum evresine girer. Annenin yaydığı merhametli ve estetik enerjisi karşısında ise meşruiyet algımız ergen dönem gelişimini tamamlamış olur. Mahalle ve okul kültüründe ise meşruiyet algımız daha karmaşık desenler oluşturur. Bir yandan sosyal ve iktisadi savaşımında konjonktürel pragmatizmin labirentlerinde dolaşırken meşruiyet algımız yozlaşır, öte yandan yozlaşan meşruiyet algımız dini veya

³⁹ Kmiec, a.g.e., s.1449-50.

⁴⁰ DEAN, w., John, What Exactly Is judicial Activism? The Charges Made Against the President's Judicial Nominees, (erişim 17/06/2005).

⁴¹ Green, a.g.e., s.52.

kültürel ilkeler karşısında *a priori* bir toplumsal şizofreni oluşturur. Böylece, daha ikinci boyuta geçmeden önce, meşruiyet algısı anakronik bir alana çekilmiş olunur. Bu durumda kalan birey ekseninde şekillenen meşruiyet olgusunun demokrasi ve insan hakları pratiği nasıl işleyecektir?

İkincisi, birey-devlet veya birey-devletin çeşitli iktidar biçimleri arasındaki ilişkide ortaya çıkar. Meşruiyet olgusu burada boyutlanırken nasıl şekillenecektir? Burada, denklem oluşturulurken iki ana değişkenden söz edebilir. Birincisi dinsel veya tinsel alandadır ki bu meta ötesi bir durumla karşı karşıya olduğumuzu göstermektedir; ikincisi ise dünyevi alandadır. Bu iki alanda meşruiyet olgusu ve algısı ekseninde sergilenen davranış biçimleri iktidar kaynağı sorunu bağlamında hacim⁴² alır. Modern öncesi zamanlarda, dinsel veya tinsel alanda iktidar kaynağını Tanrı'dan alıyordu. Meta ötesi alanda bireyin hareket yeteneğinin azalması beraberinde bilinmezliklerle dolu bir gizem bırakıyordu. Burada, dinsel kaidelerin ön kabule dayanan niteliği de eklenince meşruiyet olgusu daha baştan kendinden menkul bir halde oluşuyordu. Gerçi her ne kadar kaynağı Tanrı olarak gösterilse de siyasal ve sosyal yaşam pratiğinde, özellikle sonraki evrelerde, yönetim biçimlerine bağlı olarak dünyevileşen iktidar yüzleri dolayısıyla meşruiyet algısı doğrusal seyrinden koparak karmaşık bir hale bürünebiliyordu.

Dünyevi alanda ise iktidar kaynağı, özellikle modern ve sonrası zamanlarda gelenek, ideoloji, demokrasi, bireyin üstünlüğü, insan hakları vb. bileşen sarmalından meydana gelir. Gelenek, burada toplumsal hafızayı harekete geçirmek bakımından iktidarın antikiteğini, bir anlamda ontolojik meşruiyetini sağlamda işlevsel bir rol oynar; böylece iktidarın genetik kültür kodlarını yeni olana taşımada köprü kurulmuş olur. İdeoloji insan hak ve özgürlüklerine dayandığı ölçüde meşru bir iktidar tasarımı üretirken, insan hak ve özgürlüklerinden koptuğu oranda ise iktidarın meşruiyet algısını yozlaştırabilmektedir. Demokrasi ise insan hakları ve özgürlüklerine dayanan, bireyi devletten aşağıda veya yatay düzlemde devletin simetriği olarak gören bir anlayışı değil, tam aksine bireyi modern devlete her an alternatif gören bir iktidar tasarımıdır. Görüldüğü gibi, burada iktidar birey lehine sınırlanmakta, devlet türev ve işlevsel bir aygıt boyutuna indirgenmektedir. Böylece, dünyevi alanda iktidarın meşruiyet algısı anayasacılığın özü, bir diğer deyişle anayasacılığın dayandığı değerler dizisi etrafında şekillenmiş olmaktadır.

⁴² Hacim kelimesi burada bilinçli bir tercih sebebi ile kullanılmıştır; zira alan zaman ve mekân olgusuyla insan davranışları ekseninde doldurulmuştur.

Burada meşruiyet olgusu ve siyasal ve sosyal yaşam pratiği ile ilişkisinin boyutlarını incelemeye son vermeden önce özellikle ikinci boyutta, yukarıda birey-devlet veya birey- iktidarın değişik görünüm biçimleri bağlamında, iki “siyasal sistem” teorisi gelişimini incelemek yerinde olur. Max Weber, bu anlamda meşruiyeti geleneksel, karizmatik ve hukuki veya rasyonel olmak üzere üç otorite tipi üzerinden öngörmektedir. Geleneksel otorite, tarihsel süreç içerisinde gelişen kurallar ve geleneklere göre otoritenin meşruiyetini konumlandırmaktadır. Yani şu anı biçimlendiren kurallar, tarihsel geçmiş ile bağlantılı ve ona uygun olduğu kadar meşru olur. Karizmatik otoritede ise meşruiyet liderin sıra dışı özelliklere sahip olması veya bu tarz niteliklere sahip olduğuna toplum katmanlarını inandırmasına göre konumlanmaktadır. O halde burada liderin algı yönetimine yönelik maharetinden de söz edebiliriz; zira lider, bu bakımdan yetenekli olduğu ölçüde başarılı sayılacaktır. Rasyonel otorite ise sosyolojik veya karizmatik otoritede olduğu gibi lider profiline bağlı olarak psikolojik alanda değil, hukuksal alanda meşruiyet bulur; bir anlamda rasyonel aklın kabulü söz konusu olur.

David Easton da teorisini oluştururken meşruiyetin kaynağını araştırmıştır; teorisinde, meşruiyet istikrar sağlamada “destek” rolüyle araçsallaşmaktadır. Burada ideolojik kaynak, yapısal kaynak ve liderlerin kişisel nitelikleri olmak üzere bir sınıflandırma biçimi söz konusu olmaktadır. İdeolojik kaynaktan kasıt sistemin esasını oluşturan değerler, ilkeler, hedefler ve amaçlardır. Yöneticiler, çeşitli araçlarla sistemin meşruluğu noktasında “yaygın destek” sağlamaya çalışırlar. Yapısal kaynaktan kasıt ise hukuk veya kurallar bütünüünün meşru olacak şekilde kabul görmesidir. Liderlerin niteliğine gelirse, burada, Weber’in karizmatik otoriteye sahip tek lider olgusundan daha geniş bir anlamın söz konusu olduğunu söyleyebiliriz. Otoritenin meşruiyetini sağlamaya gidilen süreçte “liderler kadrosu”ndan söz edilmektedir; ancak nihai anlamda başarı için “kalite ve yetenek” gerekecektir⁴³.

Ancak, değinildiği üzere, günümüzde modern devlette meşruiyet olgusu demokratik ilkelere göre konumlanmaktadır. Böylelikle iktidar meşruiyetini insan hakları, özgürlükler ve yönetimde şeffaflık gibi değerler kümesinde bulacaktır. Dolayısıyla “milli irade gibi anlamsız fiksiyonlar”⁴⁴ günümüz meşruiyet olgusu ve iktidar ilişkisi karşısında sığ kalmaktadır. Gerçekten de, günümüz çağdaş iktidar ilişkilerine meşruiyet sağlayan etkenin, insan hak ve özgürlükleri bağlamında gelişen hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi anlayışı olduğu söylenebilir. Aşağıda bu konular ele alınacaktır.

⁴³ Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınları, Ankara 2010, s.101-103.

⁴⁴ Kapani, a.g.e., s.104.

B. Hukuk Devleti ve Anayasa Yargısı

Anayasa yargısının meşruiyet olgusu ile ilişkisinde fotoğrafı net görebilmek için hukuk devleti, çoğulcu demokrasi gibi değerler bağlamında konuyu derin bir alanda ele almak gerekir. Siyasal ve sosyal hayatta geliştirilen davranış biçimlerinin iki yönünden söz edilebilir; ilki, tarihsel toplum hafızasının gelenek köprüsüyle getirdiği statiklik, ikincisi ise uygarlık sürecinde anı yakalamak için söz konusu olan devinim. O zaman burada, bir yandan, kültürün oluşum sürecinde kültüre ontolojik meşruiyet sağlayan toplumsal bir bilinç, öte yandan bilgi değişim ve dönüşüm paralelinde kültürün dinamizmi, bir anlamda *epistemeye* dayalı meşruiyeti karşımıza çıkmaktadır. O halde, burada anayasa yargısının meşruiyetini incelerken öncelikle geleneksel hafızaya, anayasacılığın özüne inmemiz gerekecektir; daha sonra ise bu özün peşine takılan, değişim ve dönüşümü sağlayan değerler dizisi ekseninde modern anlamda anayasa yargısının meşruiyetini ortaya koymamız gerekir. Böylece, aktivist tutumun varoluşsal dayanağı belirirken an itibariyle uygulanış sebebi ve gelecekteki gerekliliği ortaya çıkmış olacaktır.

Bu durumda, öncelikle anayasacılığın antik anlamını irdelemek gerekir ki bu da bizi devletin sınırlandırılmasına⁴⁵, başka bir söylem ile sınırlı devlet olgusuna götürecektir. Sınırlı devlet olgusu iktidarın tortulaşmasını önler; böylece toplum hafızasında iktidarın tekilliği ve sınırsızlığı algısı çözülmüş olunur. Algıda bir boşluk veya yanılısma söz konusu olmaması için ise doğan boşluk, hemen insan hakları ve özgürlüklerine dayanan meşruiyet anlayışı

⁴⁵ Buraya gelmişken Arslan'ın kaleme aldığı bir makalesindeki girişi olduğu gibi almak gerektiği kanaatindeyim. "*İnsanın devletle dansı bilim-kurgu filmlerine benzer. İnsan zekası önce, Nietzsche'yi doğrularcasına "iktidar arzusu" (will to power) ile, dünyayı kontrol edecek silahları ya da robotları icat eder. Sonra da, filmin gerçek kahramanı sahneye çıkar. Dünyayı hatta bütün gezegenleri bu ölümcül silahtan ya da robottan kurtarmak için. Kurtarır da. Ancak filmin finalinde, ölüm saçan robotun diriliş işaretleri görülür... İnsanın devletle ilişkisi de bu türdendir. Modern siyasal teoride bu ilişkinin şekillendirilmesi genellikle Hobbes'la başlatılır. İnsanların, birbirini kemirdiği doğa durumundan Leviathan dönemine geçişin nedenlerini, şeklini ve sonuçlarını anlatır Hobbes. Yaşadığı dönemin kaos ve iç savaşlarla dolu olması, Hobbes'un mutlak güç sahibi bir canavar yaratmasını açıklasa bile bunu haklı kılmaya yetmez. Ne var ki, olan olmuştur. Hangi nedenle ve ne şekilde olursa olsun ortaya bir yaratık çıkmıştır. Kimilerine göre, onu yaratanlara eski günlerini aratan bir yaratıktır bu. Şimdi bütün mesele, Leviathan ile birey arasındaki ilişkileri ikincisi lehine düzenleme meselesidir. Ya da bilim-kurgusal anlamda dünyayı Leviathan canavarından kurtarma meselesidir. "Bizathi köyü" ya da "kötülerin silahı" olarak Leviathan'ın etkisini (zararını) azaltabilmek amacıyla, zamanla farklı mekanlarda farklı çözüm yolları ortaya konmuştur. Çözüm yollarının tükandığı dönemlerde de "gerçeküstü" fanteziler devreye girmiştir. "Yarı sanal deli yürek'ler, kitlelerin gözünde kirli ve hukuk dışı yollara başvuran Leviathan'a karşı alternatif adalet dağıtıcısı olarak algılanabilmiştir." Arslan, a.g.e., s. 55.*

ile doldurulur. Böylece, a priori olarak, ilkel düzlemde anayasa yargısının meşruiyet zeminini, bir anlamda antikiteğini geliştirmiş bulunuyoruz. Bu durumda, anayasal mayalandırma evresinin tamamlanmış olduğunu söyleyebiliriz. Bundan sonra yapılması gereken uğraş ise değerler dizisini anayasal retorik seviyesine indirmeden geliştirmek olacaktır.

Modern sonrası zamanlarda türevi insan olan devlet-insan anlayışı, türevi devlet olan insan-devlet anlayışına evrilmiş ve söz konusu durum kurumsallaşmaya doğru gidilmiştir. Bilginin değişimi, değişimin dönüşümü sağladığı günümüzde insan merkeze geçmiş⁴⁶, iktidar ve değişik görünüm biçimleri insana göre tanımlanmış, meşruiyetini bulmuştur. Böylelikle, bilgi yapısındaki dinamizm süreç içerisinde siyasal yaşam algısını dönüştürmüş ve nihayetinde anayasal tasarımlar da bu durumdan doğrudan etkilenmiştir. Dolayısıyla, bilgi yapısındaki dinamizm ile birlikte kültürler arası temas yüzeyi artmış, değerler dizisinin geçişkenliğinin artmasıyla birlikte anayasa tahayyülleri de statikliğinden, bir diğer ifade ile antikiteğinden sıyrılmıştır. Böylelikle hukuksal alanda anayasal anlam genişlerken derinlik de artmıştır. Bir anlamda salt anayasal estetik, toplumsal gerçeklik ile uyduğu ölçüde meşruiyet bulmuş olacaktır; zira anayasa bir bilgi ve değerler toplamı olarak anlam kazanacaktır. Dolayısıyla, aktivist ritim bu alanda attığı sürece meşruiyet krizi çözümlenecektir. Dikkat edilirse hukuksal alanda meşruiyetin rasyonelleşmesi gerçekleşirken duygusal aşınmaya sebep verilmemeye çalışılmıştır.

İşte tam bu noktada, karşımıza değerler dizisinin iki dirimsel kaynağı olarak hukuk devleti ve demokrasi çıkmaktadır. Hukuk devleti, devletin siyasal ve sosyal alandaki iktidar pratiğinin hukukla bağlı olduğunu öngörmektedir. Böylece devlet, hukuku doğuran bir organ değil, hukuktan meşruiyet bulan ve manevra alanı sınırlandırılmış bir aygıt olarak görev yapacaktır. Bu durumda hukuk devleti, devletin sınırlılığını belirlediği doğrultuda organlarının hukuka bağlı olmasını düzenlemektedir. Dolayısıyla yasama, yürütme ve yargı organları birbirinden bağımsız oldukları gibi, yetkileri hukuk ile daraltılmaktadırlar. Şüphesiz burada yasama faaliyetinin yargısal denetimi anayasa yargısı ile sağlanırken, yürütme de yargı denetimine tabi tutulacaktır. Aynı zamanda, hukuk devletinde, bireyin hak ve özgürlükleri tanınıp güvenceye bağlanacak, hak arama özgürlüğü doğrultusunda bireyin yolu her

⁴⁶ Merkezde yoğunlaşmış iktidar yığınına çevreye savurarak homejen iktidar heterojenleştirilmiştir. Böylece iktidarın ağırlık merkezi noktasal değil, düzlemsel olarak bir diğer anlamda toplumsal alana çekilmiş olunur. Bu durumda yeknesak iktidar kültüründen poetik bir varlık olarak devlete geçilmiş olur.

türlü sürprizden arındırılacaktır. Böylece, iktidar pratiğinde keyfiyet ve buna bağlı olarak yozlaşma engellenecek ve hukuki güvenlik sağlanacaktır⁴⁷. O halde, böyle bir durumda insan, kendinden menkul bir varlık, bir amaç olarak belirir.

Hukuk devletinin araçları, daha doğrusu belirlendiği değerlerin üstünlüğü kurgulanırken, bunların insana göre konumlandığını unutmamak gerekir. Gerçekten de burada, norma dayalı devlet kültürü yerine değere dayalı hukuk kültürü söz konusudur. Bu bağlamda hukuk devleti, Rousseau'nun deyişiyle “soy aristokrasisi yerine para aristokrasisi”ni getirmez; başka bir söyleyişle sadece para ve piyasayı amaç edinen bir yanılısamanın da ötesinde anlamlar taşır. Dolayısıyla, hukukun rasyonelleşmesi süreci “devlet aklı”⁴⁸ ya da iktisadi yüceltme olarak ortaya çıkacaksa, bir yanılısama yaşanmış olunur. İktidarı gökyüzünden yeryüzüne indirip usun imparatorluğuna tabi olmak, şüphesiz, hukuk devleti ile bağdaşmayacaktır. Böylece, hukuk devleti, tinsel alandan metasal alana hukuk sarkacıyla inen devlet aklına dayanan sistemi değil, insan aklına ve iradesine dayanan düzeni öngörecektir. Bu bağlamda usun siyasi regülatörlüğünü de anayasal dinamizm sağlayacaktır.

⁴⁷ ATAR, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya 2012, s.88 vd. Bunlar bir anlamda hukuk devletinin şekilselliği yönünü ortaya çıkarmaktadır. Devletin işleyişi ve fonksiyonelliği hukuk ile sınırlandırılmış ve çizilmiştir. Bu konuda bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s.22. Ancak bu durum hukukun yüzeyselleştirilmesi tehlikesini de içerdiği gibi, devlet de organizmadan mekanizma olmaya doğru savrulur. Dolayısıyla burada mantıksal veya duyuşsal tutarlılık duyuşsal veya ontolojik tutarlılık ile simetrik değildir. O halde ontolojik meşruiyet hukuk devletinin değerler dizisi ile daha çok ilgilidir. Bu durumda hukuk devletinin çoğulcu, özgürlükçü, eşitlikçi, bireyin üstünlüğünü ortaya koyan yüzü ile karşılaşmaktayız. Dolayısıyla biçimsel uyumsuzluğun giderilmesi gerektiği gibi tinsel uyumsuzluk da giderilmiş olunmalıdır. Böylece yaşam pratiği ile meşruiyet arasındaki organik bağ bu şekilde kurulmuş olacaktır. Çünkü hukuk devleti salt kurgusal bir mekanizma oluşumundan ibaret olmayıp, organizmanın muhtemel verebileceği zararları gidermesi gerektiği gibi insanlar arası ilişkilerin de sebep olacağı hasarları onarabilmelidir. Yani hukuk devleti yatay ve dikey işlevlere sahiptir denilebilir.

⁴⁸ Devleti bir sanatsal eser olarak gören Machiavelli “devlet aklı”nın kurucu ismi olarak söylenebilir. Onun için devlet soyuttur, sistemin merkezindedir ve kendinden menkul bir varlığa sahiptir. Devlet en üstün şeydir ve diğer değerler kaynağını devletten alır. Şu durumda devletin bekası her şeyden önceliklidir ve her şeyin üzerinde yer alır. Erdemin aslı unsuru olan devlet için başka bir meşruiyet aramaya gerek yoktur ve dolayısıyla herhangi bir ahlaki ilke ile devleti sınırlamamak gerekir. Hegel’de de devlet tanrısal özellik taşır ve meşruiyeti içkinliğinden kaynaklanmaktadır. Burada esas amaç devlettir ve devletin bir ödevi varsa o da kendi kendini korumaktır. Mithat Sancar, *“Devlet Aklı” Kısacasında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, İstanbul 2012, s.49-50. Bu konuda “devlet aklı”nın derinliğine inmek ve hukuk devleti ile ilişkisinin ayrıntılı bir şekilde peşine düşmek için bkz. SANCAR, Mithat, “Devlet Aklı” Kısacasında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, b.6, İstanbul 2012.

Bu noktada, tartışmanın derinliğine inilirken hukuk devletinin bir diğer yönünden söz etmek gerekir. Burjuva sınıfının karakteristik özelliklerini taşıyan ve bu bağlamda teorik altyapısını inşa eden hukuk devleti her şeyden önce bireye toplum ve devlet karşısında sınırlı da olsa bir özek alan sağlaması bakımından değerlidir. Başta iktisat temelli olan özerk alan talebi zamanla siyasal iktidar talebi olarak dönüşüm geçirmiş ve böylece hukuk devletinin insan hak ve özgürlüklerine yönelik fonksiyonel gücü “devlet aklı”nın devreye girmesi neticesinde köreltilmiştir. Böylece, modern sonrası zamanlarda, hukuk devleti hak ve özgürlük temelli sosyolojik devinimini koruyamamış ve iktisadi pragmatizmin düşünsel kalebentliğinden yeterince sıyrılamamıştır. Ancak, şüphesiz, modern ulus devletinin noktasal ve sınırsız *leviathan*vari iktidarı karşısında özerk alanı, düşünsel düzlemde kabul ettirmesinden dolayı dahi, hukuk devleti övgüye değerdir. Fakat modern sonrası karmaşık ilişkileri düzenleyici özelliği bakımından zaman zaman tıkandığı veya eksik kaldığı da bir gerçektir.

İşte tam bu noktada Sancar “hukuk devleti”nin⁴⁹ iki aşamasından söz etmekte ve meşruluğun bu iki aşamının birlikteliği ile gerçekleşeceğini belirtmektedir. Buna göre, birinci aşama “yasallık”tır. Bu, hukuk devletine gidilen süreçte temel koşuldur. İkinci aşama ise sözü edilen yasaların insan hak ve özgürlükleri bağlamında belli bir içeriğe sahip olması gerektiğidir, ki böylece “yasal despotizm”den ayırım söz konusu olsun. Fakat buradaki hukuk devleti halen klasik anlamda “devlet aklı kısılacında”dır. Nitekim, Kelsen’in normativist anlayışında bu durum somut bir şekilde belirlemektedir. Buna göre dokunduğu her şeyi hukuka dönüştüren “Kral Midas” olan devletin bütün faaliyeti pozitif olarak hukukidir. Sancar’ın da haklı olarak belirttiği gibi bu tür bir devlet keyfilüğün esnekliğine göre biçimlendirilen norm devletine dönüştürülmektedir.⁵⁰

Bu durumda “devlet aklı”, hukuk devleti ile bağdaşmayan her türlü iktidar pratiğinin meşruiyet kaynağı olarak işlev görmektedir. Böylece, biçimsel şartı sağlayan içi boş, daha doğrusu “devlet aklı”ndan insan hak ve özgürlüklerine yer bırakmayan formel bir devlet biçimi ortaya çıkmaktadır.⁵¹ Dolayısıyla “herkesin özgürlüğü, eşitliği ve kardeşliği” değerleri üzerine temellendirilen burjuva iktidarı politik gücünü pekiştirdikçe öncelikle kendi

⁴⁹ Hukuk devletinin “yasallık”, “normativist” yaklaşımı ile maddi, içeriksel yaklaşımın ayrıntılı ilişkisi ve bu bağlamda Carl Schmitt’in düşünceleri için bkz. Sancar, a.g.e.,85-101.

⁵⁰ Sancar, a.g.e., s.56.

⁵¹ Sancar, a.g.e., s.57-58.

değerlerinden yabancılaşmış ve onları korkulan şeyler olarak görmüştür. Kapitalizm sonrası süreçte, burjuva iktidarı için hukuk devleti rahat zamanlarda makyaj ve paravan olarak kalmakta, zor dönemlerde ise gerçek yüzünü “devlet aklı” marifetiyle sergilemektedir.⁵² Gerçekten de hukuk devletindeki devlet kavramı içerisinde “devlet aklı” gizli özne olarak diri tutulmaktadır. Bu durumda, içi boş tematik devlet sıkıştığı zamanlarda adeta *leviathan*vari bir canavara dönüşebilmektedir. Böylelikle, güzellikle ve estetik makyajla eridikçe hukuk idesi ve hak ve özgürlükler de silikleşmekte, kaybolmaktadır. Şu halde hukuk devleti, gerek maddi gerek biçimsel özelliklerinin toplamı olarak var olmalıdır.

Devlet, bir aygıt olarak doğası gereği kristalize olmaya, statik kalmaya meyillidir. Düzlemsel alanda devlet, hukuk ile hareket kabiliyeti kazanır, bir diğer anlamda hacim alır. İşte burada, devlet sistemine dinamizm katan, daha doğrusu eylemsellik katan hukuktur. O halde hukukun eylemsel yönü üzerinde durmak gerekir. Öncelikle gözlemlenen şey ise eylemselliğin meşruiyeti, hukukun varoluşsallığı ile ortaya çıktığıdır. Biz yukarıda hukukun ontolojik meşruiyetine değindik; ancak, iktidar pratiğinin reel alandaki dönüşüm krizi çoğunlukla eylemsellik sorununa bağlı olduğu görülmektedir. Esasında bu sorunun çözümü, bir anlamda kristalize devletin çözülmesi anlamına da gelecektir ve devletin araçları arasındaki organik bağ buna bağlı olarak esneyecektir. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, burada yapılmak istenen hukuku düşünsel alanın dışına itmek, devleti salt eylemsellik ile koşullandırmak anlamına gelmez. Bu doğrultuda gelişen durumun tanımlayıcı değil, tamamlayıcı özelliği ile ilgilenmek söz konusudur. Tabii, söz konusu durum, düşünselliğin önemsizliğini ifade etmez; aksine ideolojik fırtına bu alanda, işin mutfağında kopmaktadır. Eylemselliği önemli kılan durum, reel düzlemle temas yüzeyinin olması ve buna bağlı olarak gelişen sürtünmedir. Buradaki sürtünme, ya gerçekleştikçe hukuksal alanda toplumsal elektriklenmeyi artıracak ya da toplumu deşarj edecektir. Olması gereken ikincisi için ise hukukun değerler dizisi ile toplum arasındaki iletişim kanallarının açık olmasına bağlıdır. Görüldüğü üzere burada yine tartışma eylemsel alana çekilmiş olunur; çünkü reel düzlemde etkiye karşı geliştirilen tepki ekseninde sorgulama ve eleştirel tavır bu alanda ortaya çıkacak, denklemin sağlaması burada yapılacaktır.

Ancak, hukuk idesi ile reel pratiği çoğunlukla birebir örtüşmez. Hukuk idesinin yeryüzüne inişinde *a priori* bir sorunun varlığından söz edebiliriz.

⁵² Sancar, a.g.e., s.62-63.

Mekan ve zaman uyumunu yakalama sürecinde ide ahlaki varoluşsallığı ve değerler sistemini oluşturur. Bunun uygulanış sürecindeki yeryüzünde denemesi yozlaşma göstermektedir. Bir defa, idenin rasyonelleşmesi sürecinde bir tür rasyonel hiyerarşiye tabi tutulduğu söylenebilir. O halde, ilk yozlaşma metasal anlamda somutlaşma ile ortaya çıkmaktadır. Bu yönü ile demokrasi ve hukuk devletinin oluşumu sınırlı kalmaktadır ve normların bütünselliği de söz konusu durumu engelleyememektedir. İkinci aşamada ise normlara indirgenerek yozlaşan ide romantik hiyerarşiye tabi tutulmaktadır. Böylece ide, tözsel aşınma geçirir ve yozlaşmış motif ve desenler bütünü olarak algılanır. Dolayısıyla, dünyevi alanda ide bir tür mitosa dönüşür ve fakat hukukun kültürel ahlakı yozlaşmış durumdadır. Biz, bu haliyle hukuku demokratik kültür ile koşullandırıyoruz ve bir anlamda saçmalıkta ki kültü, kültteki saçmalığa indirgeyip tartışmayı derinleştiriyoruz.

Sözgelimi, hukuk devleti ekseninde demokrasiyi bu anlamda ele alabiliriz. İde olarak demokrasi tahayyülü sınırsız ve sonsuz etik ve estetiği hukuksal alanda çağrıştırmak; ancak reel düzlemde demokrasi, varoluşsallığından gelen mükemmeliyeti koruyamamakta ve yüzeysel kalabilmektedir. Bu da, metasal alan ile tinsel alan arasındaki demokrasi idesinin senkron kaymasını beraberinde getirdiğini göstermektedir. Böylece simetriğini uygulanış sürecinde kaybeden demokrasi önsel olarak yabancılaşma geçirir.

Şu halde, hukuk devletindeki devlet yerine hukukun özne olarak görülmesi ve eylemsel alanda asıl rolü üstlenmesinin gerekliliği açıklığa kavuşmuş bulunmaktadır. Bunun birkaç yararı olacaktır. Öncelikle, modern devlet kurgusal görünüş biçiminden sıyrılmış olacak ve iktidarı rasyonelleşme ile tabi tutulduğu süreçte verdiği hataları veya açıkları telafi edecektir. Böylece, rasyonelliğin, iktidarı usun bir tür kümeleşmesine dönüştürecek yan etkisi önlenmiş olacaktır. Öte yandan, modern sonrası zamanların karmaşasında hak ve özgürlük ideleri, tekil ve çağın bir tür statik leitmotifi olarak varlığını sürdüremez. O halde, çağın labirentlerinden değerlerin kısır döngüsünü durdurabilmek veya en azından yönünü değiştirebilmek hayati önemdedir. Ancak, etik ve estetiğin kesişim kümesinde ve değerler dizisi çarpanında var olandan yeninin üretimi, hatta var olanda şekil değişikliğinin gerçekleşiminin zorluğu, şüphesiz, ortadadır. Bununla birlikte, hak ve özgürlük ideleri modern sonrası zamanlarda anlam aşınmasını yaşamaktadır. Hak ve özgürlük kavramlarının reel düzlemdeki uygulanışında insanın dışlandığı bir evrede yaşıyoruz. Bu durumda adalet, eşitlik ve özgürlük idelerinin yeryüzüne iniş aşamasında geçirdiği yozlaşmada insan mekanik kalmakta ve araçsallaşmaktadır.

Peki neredeyse insanı dışlayan böylesine bir hak ve hukuk kültürüne meşruiyet nasıl kazandırılacaktır? Bu aşamada, devletin somut varlığının ve operasyonel gücünün hukuksal olanın ahlakından geçirmek gerektiği söylenebilir. İşte burada, bizim için bu denetimi sağlayacak anayasa yargısıdır. Fakat bu anayasa yargısında denetimin sınırı ve meşruiyeti, yukarıda sözü edilen insan hak ve özgürlüğü bağlamında olacak şekilde sağlanacaktır. O halde, anayasa yargısının ve yargısal denetimin operasyonel gücünü teşkil eden aktivist tutumun referansı bellidir. Dolayısıyla aktivist tutumla birlikte gelişen meşruiyet krizi, hukuk devletinin eylemselliği alanında belirecek ve yine bu alanda giderilecektir. Her ne kadar paradoks gibi gözükse de, yargı pratiği, hukuk devletinin değerler dizisine göre konumlandığı ölçüde sorunun biraz daha kolay bir şekilde halledilebileceği söylenebilir.

C. Demokrasi ve Anayasa Yargısı

Siyasal düzen üzerindeki yargısal denetim demokrasi ile bağdaşabilir mi? Veya demokrasi ile anayasa yargısının ilişkisi nasıl konumlandırılabilir? Bu durumda, öncelikle demokrasinin beraberinde getirdiği değerler dizisini incelemek ve kurumsallaşma sürecinde işin mutfağı niteliğindeki parlamento faaliyetini irdelemek gerekir. Burada, demokrasinin bireyin üstünlüğü, bireyin duyusal veya duygusal ya da ideolojik siyasal tepkilerinin önemi, hak ve özgürlüklerin güvenceye bağlanması ve bunun seçim sistemleri ile kontrol altında tutulmasından söz edilebilir. O halde, demokrasinin sonsuz ve sınırsız (*infinity and unlimited*) bir karakteristiğe sahip olmadığı söylenebilir. Demokrasi, öncelikle toplumsal düzlemde bir olay olarak, birey iradelerinin salt matematiksel toplamından ve işleminden ibaret değildir; aksi takdirde söz konusu determinist labirentten çıkmak mümkün gözükmemektedir. Zira normatif eğilim, birey iradesinin oluşumu bağlamında, toplamda, eylemsellik alanına aynı şekilde normatif eylem olarak tezahür etmez.

Dolayısıyla, birey iradesindeki politik izafiyet ve dinamizm seçilmesi gereken demokrasi anlayışı ve bu düzlemde anayasa yargısının gerekliliği tartışmasında belirleyicidir. Demokrasi, öncelikle doğası gereği belli bir iç dinamizm öngörür; bu doğrultuda, siyasal alana yansıyan dinsel, ideolojik, etnik, politik vb. temalar bakımından çoğunluk her zaman değişime ve dönüşüme meyillidir. Dolayısıyla, politik göreceliliğin ivmesi ile oluşan dinamizm demokrasinin niteliğinde belirleyicidir. Tabi, bu durum ifade edilirken romantik veya mükemmeliyetçi bir sonucun siyasal yaşam pratiğine tam olarak yansyacağı iddia edilemez. Zaten bu doğrultuda *ad hoc* bir

anayasal tasarım ve bu paralelde mito-poetik bir demokratik devlet kurgusal kalır. Burada yapılmak istenen, demokratik kültürü ve bunu oluşturan değerler dizisine yönelik arkaik bilinci mümkün olduğunca dondurmamaktır. Böylelikle demokrasinin kendisi paradoksal çelişki ve çatışkılardan kurtulacaktır.

Bu durumda, demokrasi bağlamında anayasa yargısına karşı çıkmak aynı zamanda demokrasinin mükemmel olduğunu iddia etmek anlamına gelir. Peki, demokrasi mükemmel bir rejim midir? Ya da “halkın halk tarafından halk için yönetilmesi” söyleminin reel pratiği nedir? Halbuki, teker teker bireylerin iradelerinin iktidar oluşumu üzerinde gerçel düzlemdeki yansıması simetrik değildir, başka bir söylem ile gerçekliği sağlayamamaktadır. Nitekim Gözler, seçimlerden sonra ortaya çıkan sonucun “milli irade” veya “halkın iradesi” değil, aksine “halkın çoğunluğu”nun iradesi olduğunu belirtmiştir. Hatta Gözler’e göre halk kavramı, halihazırda yaşayan bütün vatandaşları kapsadığına göre ve halihazırda yaşayan vatandaşların bir bölümünün seçimlerde oy kullanamama durumu söz konusu olduğuna göre seçimlerden sonra beliren durum “seçmen çoğunluğun siyasal tercihi”dir.⁵³ Gerçekten de “milli irade”, “genel irade” ve “halk iradesi” kavramlarının reel gerçekliği yansıtmadığı, en azından seçim sonuçları göz önünde bulundurulduğunda, söylenebilir. O halde, birey iradesinin iktidar üzerindeki yansıması düz değil, aksine pürüzlüdür. Dolayısıyla, demokrasinin çeşitli sembolik kavramlar kullanılarak mistifikasyona uğratılması psikolojik algının tatminini sağlasa da siyasal yaşam pratiğinde gerçek bir karşılığının olduğunu söylemek abartı olacaktır.

Öte yandan demokrasi ile anayasa yargısı birbirini götüren çarpanlar mıdır veya bu iki bileşke uyumlu olabilir mi? Demokrasi, burada değerler dizisi olarak, dinamiklerini bilgi yapısındaki değişimler ve kültür dönüşümü uyumunda sağlaması gerekir. Anayasa yargısı ise bu amacı gerçekleştirmeye yarayan amaç, bir diğer anlamda yaşamsal kaynaktır.⁵⁴ O halde, bu iki etken arasında olumlu veya olumsuz bir nitelendirme yapmaya veya dialektik bağını kurmaya gerek yoktur ve esasında bu tür bir koşullandırma, bizatihi

⁵³ Gözler, a.g.e., s. 171.

⁵⁴ “Anayasacılığın gerekleriyle demokratik ilke ve değerler arasında tam bir uyum ya da tamamlayıcılık ilişkisi olduğundan söz edilemez; ancak bu ikisi arasında giderilmesi imkansız bir çelişki de mevcut değildir. Anayasal bir yönetim, siyasal karar alma sürecini demokratik esaslara tabi kılmak suretiyle kendi meşruluğunu sağlamakta; demokratik bir yönetim ise anayasacılığın gereklerine yer vermek suretiyle kendi devamlılığını garanti etmektedir. *Anayasal demokrasi* kavramı, işte bu sentezi ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır.” Serdar Korucu, *Yargısal Aktivizm*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s.43.

demokratik değerler bakımından insan hak ve özgürlükleri bağlamında sakıncalıdır. Dolayısıyla, anayasal demokratik çarkın düzenli işlemesi için anayasa yargısı bir tür engelleyici dış değil, aksine çarkın dişlerinin iyi işlemesi için bir anlamda yağlamadır.

Tam burada önemli olan durum ise söz konusu değerlerin çoğunlukçu veya çoğulcu demokrasi görünüm biçimlerinden hangisinin çarpanında değerlendirileceğidir. Burada çoğunlukçu anlayışın demokrasinin ilkel, antikite versiyonunu yansıttığını belirtebiliriz; zira çoğunlukçu anlayış, demokrasinin değerler dizisini ihmal ederek statik, tek tip kültür tiplmesi ile sonuçlanan kristalize bir siyasal ve buna bağlı olarak hukuksal bir ortama neden olmaktadır.

Dworkin'e göre çoğunlukçu demokrasi anlayışı, "halkın çoğunluğu halkın geri kalan kısmını yönetmelidir" esasına dayanır. Burada, amaç çoğunluğun "yerleşik kanaatleri"ni meydana çıkarmaktır. Ancak bu şekli ile çoğunlukçu anlayış her zaman adalet ile aynı anlama gelmez; zira herkese eşit oy hakkı ve ifade hürriyeti gibi bireysel hakların tanınmasına rağmen hakim durumundaki çoğunluk, sözgelimi iktisadi kaynakların adaletsiz dağıtımını yönündeki bir karar alabilmektedir. Dolayısıyla demokrasinin bu anlamdaki izdüşümü adalet ile örtüşmeyebilmektedir.⁵⁵ Görüldüğü gibi bu anlayış "usuli" veya şekli denilebilecek bir esasa dayanmaktadır.⁵⁶ Fakat bu anlayış, böylelikle hakkaniyeti sağlamaz⁵⁷; zira hakkaniyet, tartışmanın ve oylamanın baskı altında yapılmadığı "siyasal eşitlik"tir". Kaldı ki, eşit oy ilkesi siyasal eşitliği sağlamaz. Diğer bireyler üzerinde etki yaratma bakımından "siyasal nüfuz"(Örneğin ABD'de siyasal nüfuz bakımından para varlığı önemli etkendir) da oyların eşitliğinden farklıdır. Dolayısıyla siyasal nüfuz açısından siyasal eşitliği sağlamak bu halde mümkün değildir.⁵⁸

Dworkin çoğulcu demokrasi yerine "ortaklık demokrasisi" kavramını kullanmaktadır. Düşünsel temeli ise bir şirketteki yönetim sistemine ve

⁵⁵ Ronald Dworkin, *Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri*, Anayasa Yargısı, C. 28, 2011, s.28-29.

⁵⁶ Dworkin, *Siyasal Anayasanın*, s.30.

⁵⁷ Örnek olarak Dworkin'in şu kurgusunu verelim. Üzerinde birçok insanın bulunduğu bir teknenin batmaması için bir kişinin denize atılması gerektiğini varsayalım. Şu durumda atılacak kişi nasıl belirlenmelidir. Eğer burada oylama yapılırsa din, ırk vb bakımından çoğunluk olmayan bir gruba mensup biri veya teknedeki ez az popülerliğe sahip biri seçilebilir. Bu durumda hakkaniyet sağlanmış olmayacaktır. Dworkin, *Siyasal Anayasanın*, s.36.

⁵⁸ Dworkin, *Siyasal Anayasanın*, s.37-38.

ilişki ağına dayanmaktadır. Nasıl şirket yöneticileri sadece kendilerinin veya belli gurubun değil bütün ortakların çıkarını düşünmektedirler, “ortaklık demokrasisi”nde de aynı şekilde yöneticiler bütün toplumun çıkarını dikkate alarak kararlar alırlar.⁵⁹ Böyle bir demokrasi anlayışının üç şartı vardır. İlk olarak vatandaşların siyasi karar alım sürecinde eşit oy hakkı vardır ve fikir hürriyetleri, karar alma sürecine katılma hakları söz konudur. Sonra, “eşit özen ilkesi” söz konusu olmalıdır; yani herkesin varlığı varılan karara yansmalıdır. Kimsenin hayatı bir diğerinden daha az önemde değildir. Üçüncü olarak da bireylerin kişisel onuru alanına giren konularda çoğunluğun karar almamasıdır.⁶⁰ Böyle bir anlayış, adaletten uzak değildir ve bu maddi bir niteliğe dayanır. Siyasal eşitlik ve hakkaniyet bu anlamda sağlanabilir.⁶¹ Gerçekten de, çoğunlukçu demokrasi anlayışı her ne kadar şekli anlamda bir disipline sahip olsa da günümüz hak ve özgürlük değerleri karşısında yeterli değildir. Çağımızda demokrasi şekli tutarlılıktan öte anlamlar taşır.

Öte yandan, demokrasinin hukuksal ve siyasi sac ayaklarının tamamlayıcısı olarak sosyolojik işlevi de önemlidir. Modernizm ile birlikte rasyonel aklın yaşam alanına hakim olması bir yanda birey olgusunu ortaya çıkarırken diğer yanda bireyi meta ötesi alandan mümkün olduğunca soyutlamıştır. Eski zamanda, antik iktidar ilişkilerine göre sosyal, siyasi ve hukuki konumunu alan birey yeni durum karşısında her üç bakımdan da statü değişikliğine uğramıştır. Bu şekilde değer yargılarına yabancılaşan birey, yeni statüsünde kendini yalnız hissetmiştir. İlerleyen dönemlerde hak ve özgürlükleri artan ve güvenceye bağlanan birey, yeni statüsüne ayak uydurmaya başlamıştır. Ancak, bu haldeki bireyin toptancı, otoriter, totaliter ve türevi ideolojilere tabi tutulmaması için demokrasi etkili olmuştur.

Mardin’in belirttiği gibi bireyi “kütle adamı”⁶² olmaktan kurtarmak modern demokrasinin önemli bir görevidir. Bu durumda, bireyin toplumsal hayatta etki payının olduğunu göstermek gerekmektedir. Aksi takdirde, “kütle

⁵⁹ Dworkin, Siyasal Anayasanın, s.28.

⁶⁰ Dworkin, Siyasal Anayasanın, s.30.

⁶¹ Dworkin, Siyasal Anayasanın, s.39.

⁶² Modern zamanlarda sanayileşme, nüfus artışı ve diğer fraksiyonlar neticesinde “kütle adamı” ortaya çıkmıştır. Ancak “kütle adamı” eskiden tabi olduğu aile, kabile, cemaat gibi sosyal yapılanmalardan soyutlanmıştır. Yalnızlaşan bu “tip” eski sosyal düzeninin eksikliğini giderecek yeni sosyal yapılanmalar (siyasi parti, sendika vb) aramış ancak bu haliyle kütlede bir unsur olarak kendini bulmuştur. Fakat “kütle adamı” sahte samimiyetli demagoglara ve sembol veya simgelere bağlı olan faşizm vb rejimlere kolay bir şekilde tabi olabilmektedir. “Kütle adamı” için bkz. Şerif Mardin, *Türk Modernleşmesi*, İletişim Yayınları, İstanbul 2011, s.330.

kompleksleri” ortamında bireyin sadece birkaç yılda bir oy kullanması, “açlıktan ölmekte olan bir adama simidin üstündeki susamı teklif etmeye benzer”.⁶³ Dolayısıyla, bireyi içinde bulunduğu toplumsal alanın en küçük biriminden en büyük birimine kadar söz sahibi kılmak gerekir. Böylece, birey boşlukta kalmamış olur.⁶⁴

O halde, meşruiyet anlamında referans alınması gereken çoğulcu demokrasi anlayışıdır. Çoğulcu anlayış, burada genel ve çoğunlukçu iradeye mesafeli yaklaşır ve onun demokrasi için yeterince güvenceli olmadığını ortaya koymaktadır. Ayrıca çoğunlukçu anlayış, kuvvetler ayrılığı, sınırlı devlet, anayasa yargısı⁶⁵ gibi anayasacılığın operasyonel gücünü oluşturan mekanizmalara da elverişli değildir. O halde, bizim için burada esas olan çoğulcu demokrasi anlayışıdır. Peki, çoğulcu anlayışın fonksiyonelliği ve anayasa yargısının bu bağlamdaki operasyonel gücü nedir?

İşte burada, anayasal demokrasinin⁶⁶ operasyonel gücünün önemli sacayaklarından birisi anayasa yargısıdır. O halde, anayasa yargısının kendi yapılanması öncelikle demokratik çoğulculuğa sahip olmalı ve bu bağlamda demokratik meşruiyeti söz konusu olmalıdır. Özbudun, anayasa yargısının demokratik temellendirmesini sağlamak için yargıçların seçiminde yasama organına yetki verilmesini ve anayasa yargıçlarının görevlerini süre bakımından sınırlandırılmasını önemli bulmaktadır. Böylelikle, kamuoyunun

⁶³ Mardin, a.g.e., s.332

⁶⁴ Mardin, a.g.e., s.332.

⁶⁵ Doktrinde Bickel’e göre kanunların yargısal denetimi ile yasama faaliyetlerinin denetlemek halihazırda ülkede yaşayan halkın iradesini engellenmesi demektir ve bu açıdan anti-demokratiktir. Bu durumda anayasa yargısı yasama organının politik yaratıcılığını tahrip eder; ayrıca seçimler sonucu oluşan ve temsil kabiliyetine sahip yasama ile kanunların yargısal denetimi uyuşmamaktadır. Korucu, a.g.e., s.39. Oysa ki yukarıda belirtildiği gibi tam tersini düşünmekteyiz. Bu bağlamda anayasa yargısının demokrasinin kurumsallaşması ve dinamizmi bakımından gerekliliği noktasında tereddüt duyulmamalıdır. Tabi bu durumda yargısal aktivizmin farklı sonuçları üzerinden çekincelerin oluşması da ihtimal dahilindedir.

⁶⁶ Anayasal demokrasi anayasal hükümlerle politik sorumluluğu olmayan ve seçimle göreve gelmeyen bir organ tarafından çoğunluğun iradesinin etkisizleştirilmesi veya değiştirilmesini öngörmektedir. Eski dilde söylemek gerekirse demokrasi Herrschaftsform egemenlik biçimidir; iktidarsız bir toplum değildir. Oy kullananlar temsilciler üzerinde kısmi bir etkiye sahiptir. Hukuk vatandaşları bağlar ama yaygın isteği değil. O zaman demokrasi sadece parlamentoda halihazırda çoğunluğun istekleridir. O halde yatay hesap verilirlik dikey hesap verilirlikle desteklenmelidir; zira demokrasi ek önlemler ile güçlendirilmelidir. İşte burada bu ek önlemlerden bir tanesi anayasal hükümlerin söz konusu olduğu devletin sınırlandırıldığı anayasal demokrasidir. Dolayısıyla seçimlerde azınlık ile çoğunluk zaman içerisinde yer değiştirebilmektedir; burada da bir hakem var ve gerektiğinde azınlığın isteği üzerine hüküm verebilir. Pasquale Paquino, *Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy*, Ratio Juris, C.11, S.1, 1998, s.40-47.

eğilimleri milli iradenin temsili niteliğindeki parlamentoların bu yetkisi ile bir nebze anayasa yargısına yansıtacaktır. Nitekim, birçok Avrupa ülkesinde (Fransa, Almanya, İtalya, İspanya) bu yönde düzenlemeler mevcuttur. Bununla birlikte, anayasa yargısının demokratik meşruluğunu sağlamaya yönelik bir diğer seçenek ise siyasi ve değer yargılarının söz konusu olduğu alanlarda aktivist tutumdan kaçınılması veya kendi kendisini sınırlandırmanın (judicial self restraint) benimsenmesidir. Bu sınırlama, kamuoyu çoğunluğunun tercihinin siyaset ve hukuksal yansıması karşısında Anayasa Mahkemesinin göstereceği uyum ile sağlanmış olur. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin iptale ilişkin kararlarında “pozitif direktifler” vermemesi veya buna benzer şekilde iptal yerine normun uygulamasına ilişkin kendi yorumunu dayatacak⁶⁷ şekilde “anayasaya uygun uyum” yönteminden kaçınması gerekir. Şüphesiz, anayasa yargısı sürecinde, değerlerin tamamen dışında (*value free*) bir yorum pratiği söz konusu olamaz. Ancak, yukarıdaki anlamda bir anayasa yargısı tedbiri, anayasa yargısının demokratik meşruluğunu güçlendirecek niteliktedir.⁶⁸

Bu bağlamda, anayasa yargısının demokratik meşruiyetini sağlamaya doğru gidilen yolda, iki yaklaşımdan söz edilebilir. İlk olarak, normlar hiyerarşisinin kuramsal temellerini atan ve Avrupa tipi anayasa yargısının temellendirmesini yapan Hans Kelsen'in fikirlerinden söz edilebilir. Kelsen'e göre anayasal denetim sonucu bir kanunun iptal edilmesi ile genel bir normun ihdas edilmesi arasında fark yoktur; zira bir normun iptali ile ihdası aynı anlamı taşımaktadır. Bu durumda Anayasa Mahkemesi de yasama yetkisini kullanan bir organ niteliğindedir. Fakat Kelsen, anayasa mahkemelerini bu durumda, pozitif kanun koyucu durumundaki parlamento faaliyetinden ayırıp onları “negatif kanun koyucu” şeklinde nitelendirmektedir. Öte yandan Kelsen, temel hakların “açık uçlu nitelikleri” sebebiyle ve tabii hukukla ilişkilerinden dolayı pozitif anayasa metinlerinde yer almaması gerektiğini söylemektedir; aksi durumda, mahkemeler kanun koyucu işlevi gösterebilirler. Ancak, Özbudun'un da belirttiği gibi, modern anayasalar ayrıntılı haklar düzenler ve Kelsen'in fikirleri bu yönü ile geçerlilik arz etmez. Bunun yanında, “negatif kanun koyucu” ile pozitif kanun koyucunun açıkça ayrımına da kolayca

⁶⁷ Anayasa Mahkemesi'nin başörtüsüne ilişkin kararında yaptığı değerlendirmesinde bu tür bir dayatma yorum örneği sergilediği söylenebilir. Bu arada, Anayasa Mahkemesi kararlarına internet adresinden ulaşılabildiği için burada sadece esas sayısı, karar sayısı ve karar tarihi verilmekle yetinilecektir. Karar için bkz. E. 1990/36, K.. 1991/8, K.T. 9/4/1991. Bkz. Ergun Özbudun, Türkiye'de *Demokratikleşme Süreci*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014, s.128.

⁶⁸ Özbudun, Türkiye'de *Demokratikleşme*, s.126-128.

gidilemez; zira iptal ile yeni bir hukuki durum söz konusu olur ve hükmün gerekçesi yeni bir norm tesisi bağlamında yasamanın hareket alanını sınırlar.⁶⁹

Bu konuda bir diğer yaklaşım ise John Hart Ely'e aittir. Burada yargısal denetim "meşru sonuçlar"dan (legitimate outcomes) ziyade, "meşru süreçler" (legitimate processes) alanında olduğu sürece demokrasi ile anayasa yargısı arasında çelişki giderilmiş olunur. Yani yargısal denetim, "rakip değerler ve siyasal anlayışlar" üzerinde bir tercih ile sonuçlandırılmalı ve bu konu, meşru otoritelerin söz sahibi olduğu alan olarak bırakılmalıdır. Bu durumda, anayasa yargısı neticesindeki yargısal denetim "demokratik sürecin işlerliliği" alanına indirgenmelidir. Böylece, demokrasinin temsili niteliği ve eşit siyasal katılımı güçlendirilerek denetim sağlanmış olacaktır. O halde, Ely'e göre meşru anayasa yargısı esastan ziyade usul ve buna bağlı sürece yöneliktir. Ancak, Özbudun'un da belirttiği gibi, yargısal denetimi demokratik sürecin işleyişi ile sınırlamak güçtür; zira temel haklar üzerindeki yargısal denetim süreçten daha çok siyasal değerler ve buna bağlı olarak tercihler ile ilgilidir.⁷⁰ Gerçekten de, siyaset ve hukukun kesişim kümesinde bu tür bir ayırımın kolaylıkla yapılamayabileceği söylenebilir.

III. Yargısal Aktivizm ve Türk Anayasa Mahkemesi

A. Genel Olarak Yargısal Aktivizm

Yukarıda, anayasa yargısı ve demokrasi ve hukuk devletinin beraberinde getirdiği ve gerektirdiği değerler dizisi ekseninde meşruiyeti ortaya koyulmaya çalışıldı. Burada, ilkesel tutarlılık ve referansımız anayasacılık düşüncesi oldu. İnsan hak ve özgürlüklerini korumak ve güvenceye bağlamak için devletin sınırlandırılması, dengelenmesi ve dolayısıyla denetlenmesi gerekir. Ancak buradaki denetlemede, klasik anayasacılık düşüncesi ile birlikte modern sonrası ilişkilerin karmaşıklığı, bilgi yapısındaki değişim sürecinde yaşanan kültürel dönüşüm ve bu bağlamda demokrasi, hukuk devleti, sivil toplum, medya gibi değer ve araçların çeşitliliği başat rol oynayan değişkenler olarak söz konusu olmaktadır. Böylece, somut hukuksal metinler, kültürel dönüşüm ve adalet, özgürlük, eşitlik idelerinin dinamizmine ve yaşam pratiğindeki tecrübelere dayanan verilere göre güncellenerek dinamizmini koruyacaktır. Ancak her şeye rağmen, anayasal tasarım mükemmel olsa bile siyasal yozlaşma sebebiyle hukuksal alanda söz konusu dinamizm tehlikeye düşebilmektedir.

⁶⁹ Özbudun, Türkiye'de Demokratikleşme, s.125.

⁷⁰ Özbudun, Türkiye'de Demokratikleşme, s.126.

İşte, söz konusu tehlikelerin toplumsal alana yansımaması için bir güvence sistemi olarak anayasa yargısı öngörülmüştür. Gerçekten de, anayasa yargısı, siyasal alanda demokrasi ve hukuk devleti ile yaşanan gerilimin ve sürtünmenin yol açtığı kıvılcımların topraklanması için adeta bir paratoner işlevi görmektedir. Ancak buradaki düzenek, meşruiyetten saptığında veya yeterince iyi işlemediğinde başka tehlikeler söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla, bu düzenekte anayasa yargısı ilk aşamadır, aktivist tutum ise ikinci aşamada gelişir ve böylece anayasa yargısının operasyonel gücü olarak belirir. O halde, görüldüğü üzere aktivist tavır, yargısal denetimin deviniminde, bir başka ifade ile eylemselliğinde ortaya çıkar. Böylelikle, aktivist tutumla yargının hareket alanı genişler ve manevra kabiliyeti artar. Sonuç olarak da kazanılan yargısal ivmenin yönüne göre toplumsal alanda hukuk ve siyasi alanların sınırları gerilir. Peki, böylesine kriz çıkaran aktivist davranışın sebebi veya sebepleri nelerdir?

Burada, denetimin fiilen uygulamasında, yargının eylemselliği ile birlikte yol ayrımı söz konusu olmaktadır. Ayrımın geliştiği noktada, aktivist refleks çok çeşitli, hatta çoğu zaman çelişkili faktörlere bağlı olarak belirir. Sözelimi bir yargıç, siyasi kişiliklere veya bizatihi siyasetin kendisine önyargı ile yaklaşabilir. Önyargı elitist bakış açısından kaynaklanabilir ve kategorik bir seviyeye de çıkabilir. Benzer şekilde, yargıçların kişisel hırsları, meslekte yükselmek veya diğer yargıçlardan farklılığını belirtmek amacıyla aktivizme yönelmeleri de ihtimal dahilindedir. Ayrıca, zaman veya çeşitli durumlara göre konjonktürel pragmatizm de mümkündür. Siyasal ve sosyal olguların kavranması ve analizi doğrultusunda psikolojik algı da aktivist tutumla sonuçlanabilir. Görüldüğü gibi, duyuşal-duygusal etkenler somut hayattaki siyasal ve sosyal veriler karşısında farklı reflekslere sebep olabilmektedir. Şüphesiz, psikolojik alanda gelişen bu tür sonuçların nedenlerini ortaya koyabilmek neredeyse imkansızdır. Yargıçların bireysel karşı oy yazıları incelenerek, günün koşulları ve takınılan tavırlar izlenerek belki tahmini bir kaniya ulaşılabilir.

Bir diğer açıdan, aktivist tutum ideolojik alandan kaynaklanmış olabilir. Yargıcin dinsel inanış ve kabulleri, kanaatleri, felsefi inanışları burada etkili olabilir. Bunlar, esasında tutumun tinsel boyutu ile ilgilidir. Benzer şekilde etnisite, cinsiyet, dilsel vb. özelliklere bağlı olarak farklı tutumlar söz konusu olabilir. Burada, çeşitli siyasi veya ideolojik farklılıklar oluşur. Bunların da ideolojik alanın nesnel boyutu ile ilgili olduğu söylenebilir.

Öte yandan aktivizm, esas önemli alandan, hukuksal alandan kaynaklanıyor olabilir ki, esasında bizim için daha somut analizleri burada yapmak söz konusu olacaktır. Anayasa yargısı, hukuk ve siyasetin iç içe geçtiği, sınırların muğlaklaştığı bir zeminde yer alır. Haklı olarak, hukuk ve siyasetin kesişim kümesinde yargısal denetimin yapılması kolay değildir. İster istemez esneklik ve beraberinde riskler getirir. Aktivist tavır bu gerçek göz ardı edilmeden değerlendirilmelidir. Gerçekten de hukukun siyasal niteliği göz ardı edilemez. Hukukun ontolojik kökeni önsel olarak bir yasama faaliyeti sonucudur ve dolayısıyla siyasaldır denebilir. Ancak, yasama faaliyeti süreci tamamen hukuk dışı veya hukuk öncesi de değildir. Ayrım yapılması gereken nokta ise siyasalın hukuk normu olarak somutlaşmasından dolayı hukuksal sınırın belirsizleştiğinin kabul edilmesi ve sınır ihlallerinin yapılmamasıdır. Şu halde, sınır ihlallerini somut olaylar üzerinde ortaya çıkaracak objektif, bağımsız bir turnosal kağıdı lazımdır.

Bu durumda aktivist tutumun meşruiyeti sorununa gelmiş bulunmaktayız. Burada karşımıza iki yol çıkmaktadır. Ya anayasa yargısı ve bu doğrultuda aktivist tavır insan hak ve özgürlüklerine ve devletin birey lehine sınırlandırılmasına dayanan anayasacılık anlayışına ve demokrasi ve hukuk devleti değerlerine göre yapılacak ya da çeşitli ideolojik veya duygusal-duyusal saiklerle yapılacaktır. Birincisi yargısal denetime ve bu doğrultuda aktivist tutuma meşruiyet kazandırır ki, bu olması gerektir. Böylece denetim hukuksal alanda da kalmış olacaktır. İkinci yol seçildiği takdirde ise yargısal denetim hukuksal alanın dışına savrulma riski ile karşı karşıya kalır. İdeoloji ile koşullandırılan anayasa yargısı bir tür muhalefet kimliği kazanabilir ve siyasallaşabilir. Hatta daha ileri gidilirse “yargıçlar hükümeti” ya da bir tür yargıçlar bloğu görünümüne bürünebilir. Fakat, seçimle iş başına gelmiş temsilcileri barındıran yasama organı ile girdiği bu yarışta anayasa yargısı kaybeder. Siyasetin yozlaşma ihtimali üzerine bir tür güvence olarak düzenlenen yargısal denetim daha baştan meşruiyetini kaybeder; zira anayasa yargısı, halihazırda yozlaşmış ve esas yapması gereken göreve yabancılaşmış bulunmaktadır. Oysa esas yapılması gerekenin, siyasetin hukuksal sınırların içerisinde tutmak olduğu söylenebilir.

Peki, böyle bir durumda yargısal aktivizmin olup olmadığını veya hangi sebepler neticesinde ortaya çıktığı nasıl tespit edilebilir? Doktrinde bunun mümkün olmayabileceği söylenmektedir.⁷¹ Gerçekten de, hukuk ve siyasetin karıştığı bir zeminde yargısal aktivizmi tespit etmek ve buna bağlı olarak

⁷¹ Korucu, a.g.e., s.14.

hangi nedenle böyle bir sonucun ortaya çıktığına ulaşmak pek kolay değildir; hatta bazı durumlarda mümkün de değildir. Anayasaların muğlak, yoruma açık, ilkesel değer taşıyan pek çok norm içerdiği hesaba katıldığında ayrımın zorluğu daha net ortaya çıkmaktadır.⁷² Hukuk devleti, demokrasi, özgürlük, adalet, eşitlik gibi değerler dizisinin belli bir ahlaki yönü ve bu doğrultuda anlam derinliği vardır. Derinliğe inildikçe bu tür ilkelerin kendi iç çeşitliliği artar, değişik görünüm biçimleri belirir. Yargı denetiminde, yargıçlar bu nedenle anayasal normları yorumlayıp somut bir şekil kazandırmaya çalışır. Haliyle bu tarz bir faaliyette aktivist sonuç kaçınılmaz olabilmektedir. Tabiki burada, Anayasa Mahkemesi, anayasanın somut metnini dikkate alıp uygulamalıdır. Bu durumda verilen kararın gerekçesinden aktivist tavrın sebebine kimi zaman ulaşılabilir veya tahmin edilebilir. Normlara ilişkin geliştirilen yorum yöntemleri⁷³ de böyle bir sonuca varılmasına katkı sağlar. Deyim yerindeyse karar üzerinde bir tür laboratuvar çalışması yapılarak denklemin sağlanması kısmen yapılabilir.

Burada aktivizmin sınırını belirlemenin önemli olduğu ve bunun sorun oluşturduğu açıktır; ancak burada bir o kadar önemli olan bir diğer husus ise aktivist tutumun kabulü ama hangi durumlarda söz konusu olması gerektiğidir. Temel bir referanstan söz edebiliriz, anayasacılık düşüncesi. Anayasacılık, insan lehine devletin sınırlandırılması, insan hak ve özgürlüklerinin güvenceye bağlanması ve böylelikle demokrasi, hukuk devleti gibi ilkelerin işlerliğinin artırılmasıdır denebilir. Nitekim yazılı anayasalar, başta 1787 Amerikan Anayasası olmak üzere, özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra Kıta Avrupası'nda oluşturulan pek çok anayasa, bu paralelde genişlemiş ve yaygınlık kazanmıştır. Anayasa yargısı ise bu amaca yönelik araç niteliğindedir. O halde, aktivist tutumun yönü belirlenirken dikkate alınması gereken önemli bir nokta, bizatihi anayasanın kendisinin anayasacılık ekseninde var olduğu ve anayasa yargısının da bu meyanda oluşturulduğudur. Dolayısıyla yargısal

⁷² 1982 Anayasası'nın ikinci maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri bağlamında "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir." denilmiştir. Burada başlangıca atf olduğu için başlangıçta geçen bazı ifadelerle "Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü belirleyen bu anayasa..." "Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi..", "Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin..." gibi örnekler gösterilebilir. Kaldı ki Anayasanın 176. maddesinde "Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir." denilmiştir.

⁷³ Aynı yönde Korucu, a.g.e., s.16. Bu konuda yayımlanan önemli bazı çalışmalar için bkz ODER, Bertil Emrah, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Yayınları, b.1, İstanbul 2010; YÜKSEL, Metin, Anayasanın Yorumlanması, Asil Yayın Dağıtım, b.1, Ankara 2008.

aktivizm, devlet ve iktidar pratiğinin manevra alanını genişletmek veya çeşitli muğlak simgesel ifadeler veya mitoslar türetmek gibi bir yola saparsa meşruiyet ile ilişkisi zedelenmiş olur; anakronik bir alana çekilmiş olur. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, kendisini “rejimin bekçisi”, “koruyucusu veya kollayıcısı” olarak görüp şövalyeliğe soyunmamalıdır. Aksi takdirde, siyasal ve sosyal anlamda anayasal düzeni sağlayan bir yargısal organ değil, aksine insan hak ve özgürlükleri, bireysel özerklikleri üzerinde vesayet kuran, pek sevimli olmayan anayasal hayalet söz konusu olur.

B. Anayasa Mahkemesi’nin Twitter Kararının Bir Değerlendirmesi

Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlar incelendiğinde olumlu veya olumsuz anlamda yargısal aktivizm tutumlarına ilişkin belirtilere rastlamak, şüphesiz, mümkündür.⁷⁴ Ancak burada, gerek son zamanlarda verilen bir karar olması gerek içeriğinin olumlu anlamda bir olgusal tutarlılık sağlanarak doldurulmuş olması nedeniyle özellikle Nisan 2014’te verilen karar üzerinde durulacaktır.

Kararın içeriğine ilişkin olayda bir kamu idaresi olan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı bazı yerel mahkemelerin verdiği kararlara dayanarak, kişilik haklarının ve özel hayatın gizliliğinin ihlali gerekçesiyle tedbir amaçlı olarak twitter.com isimli internet sitesine erişimi tamamen engellemiştir. TİB, bu uygulamasında, mahkeme kararlarının uygulanması doğrultusunda hukuk devletine vurgu yaparak Twitter’ın Türk mahkeme kararlarını tanımadığını, hak ihlallerine yönelik içerikleri çıkartmadığını ve dolayısıyla erişimi engelleme için kendileri bakımından kaçınılmaz kılındığını belirtmiştir. Bu

⁷⁴ Örneğin Anayasa Mahkemesinin 11. Cumhurbaşkanlığı seçimi ile ilgili 01.05.2007 tarihinde verdiği kararı önemli tartışmalara konu olmuştur. Daha önceki köşk seçimlerinde herhangi bir uygulaması yapılmadığı halde bu içtihadında Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanlığı seçiminde ilk turun yapılabilmesi için Anayasa’nın 102. maddesinde yer alan üçte ikilik karar yeter sayısının aynı zamanda toplantı yeter sayısı olarak esas alınması gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla burada karar yeter sayısı için öngörülen nitelikli çoğunluk toplantı yeter sayısı için de kabul edilmiş olmaktadır. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 102. maddesinde Cumhurbaşkanlığı seçimi için özel bir toplantı yeter sayısı öngörüldüğünü kabul etmiş ve TBMM İçtüzüğü’nün 121. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanlığı seçimi doğrultusunda Anayasanın 120. maddesinin esas alınacağı şeklindeki düzenlemeye atıfta bulunarak TBMM’de yapılan birinci tur oylamanın eylemleri içtüzük değişikliği niteleğinde olduğundan ve bu durumun Anayasanın 120. Maddesine aykırılık teşkil ettiğinden ötürü itiraz üzerine dava konusunu iptal etmiştir. Kamuoyunda “367 Kararı” olarak bilinen söz konusu karar Anayasa Mahkemesinin içtihat tarihine oldukça kötü bir yargısal aktivizm örneği olarak geçmiştir. Karar için bkz. E. 2007/45; K. 2007/54, K.T.: 01/05/2007. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi’nin kararlarına ilişkin yargısal aktivizm tartışmaları ekseninde değerlendirmeler içeren önemli bir çalışma için bkz. HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

arada Ankara 15. İdare Mahkemesi, olayın Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında düzenlenen bir hak olarak ifade ve haberleşme hürriyetinin sınırlandırabilecek nitelikte olması nedeniyle yürütmeyi durdurma kararı vermiştir.

Ancak nitelik bakımından gerekli etkili bir yol kalmadığı iddiasıyla, olay nihayet bireysel başvuru yolu kapsamında Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi “...mevzuat hükümleri uyarınca yargı kararının icaplarına göre gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olan idarece anılan internet sitesinin bu konudaki mahkeme kararına rağmen erişime açılmadığı, her ne kadar kanunda yargı kararının yerine getirilmesine ilişkin sürenin otuz günü geçemeyeceği belirtilmiş ise de bu sürenin azami bir süreye işaret ettiği anlaşılmaktadır. Hukuk devletinde yargı kararının uygulanması, yalnızca şeklen bir yerine getirmeyi değil, objektif koşullar altında, olabilecek en kısa süre içinde, tespit edilen hukuka aykırılığın giderilmesini gerektirir. Bu konuda verilen yürütmeyi durdurma kararının, işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleştiği tespitine dayandığı ve yürütmesinin durdurulmasına karar verilen işlemin doğurduğu olumsuz etkinin idarece giderilmesi zorunluluğu da dikkate alındığında, TİB tarafından anılan sitenin derhal erişime açılmaması nedeniyle bu yükümlülüğün yerine getirilmediği anlaşılmaktadır.”⁷⁵ demiştir. Yine aynı kararda “Ülkemizde milyonlarca kullanıcısı olan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin bu kişilerin demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun acilen denetlenmesi ve hukuka aykırılık tespiti halinde sınırlamanın hemen kaldırılması demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. Söz konusu idari uygulamaya ilişkin yukarıda belirtilen yürütmeyi durdurma kararına rağmen başvurucuların ihlal iddiasına konu olan twitter.com isimli siteye erişimin halen mümkün olmadığı görülmektedir. Sosyal medyada belli olay ve olgulara ilişkin olarak paylaşılan haber ve düşüncelerin zamanın geçmesiyle güncelliğini yitirip etki ve değerini kaybedebileceği açıktır. Bu durumda yargı kararının yerine getirilerek siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi karşısında ihlali ve olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağladığının söylenemeyeceği ve böylece başvurucuların idare mahkemesine başvurularının etkili bir yol olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.” denilmiştir.

⁷⁵ Karar için bkz. B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

Burada, anayasal anlamda bir hak olarak ifade hürriyetini analiz etmeye geçmeden önce karar ilişkin iki noktayı sorun odağı olarak tespit etmek gerekir. İlk sorun, yürütmeyi durdurma kararının uygulanması, daha doğrusu somut olayda geciktirilmesidir. İdare mahkemesinin kararı doğrultusunda TİB hareket etmemiştir. Halbuki, İdari Yargılama Usulü Kanuna göre idare gecikmeden eyleme geçmeli veya işlemin tesisine yönelik irade beyanında bulunmalıdır.⁷⁶ Kanunda her ne kadar otuz günlük bir süre öngörülmüşse de yine kanunun gerek ifadesi gerek de amacı dikkate alındığında mahkeme kararının idarece derhal uygulanması gerektiği açıktır.⁷⁷ Hele ki, bireyin hak ve özgürlüklerine karşı bir ihlalin söz konusu olduğu zamanlarda bu durum hayati bir öneme bürünmektedir. Gerçekten de, hak ve özgürlükler anı yakaladığı ölçüde yaşam pratiğinde işlevsel bir konumda olurlar; zira çoğunlukla aksi durumda telafisi güç veya imkansız zararlar ortaya çıkabilmektedir. Nitekim, Yüksek Mahkeme de “Hukuk devletinde yargı kararının uygulanması, yalnızca şeklen bir yerine getirmeyi değil, objektif koşullar altında, olabilecek en kısa süre içinde, tespit edilen hukuka aykırılığın giderilmesini gerektirir.”⁷⁸ demiştir. Fakat ne yazık ki TİB söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmeyi geciktirmiştir.

İkinci sorun ise TİB’in ilk derece mahkemelerinin kararlarını yanlış uygulaması şeklinde tezahür etmektedir. Burada TİB, engellemeye dayanak olarak gösterdiği mahkeme kararlarını yanlış uygulamıştır. Söz konusu mahkeme kararları doğrudan *twitter.com* adlı sitenin tamamen erişime kapatılması değil, dava konusu teşkil eden belirli URL adreslerine erişimin engellenmesine yöneliktir. Öte yandan, internet ortamında erişimin engellenmesi yalnızca hakim kararı ile mümkündür; yapılması gereken, hak ihlalinin gerçekleştirilen kısma ilişkin olarak içeriğe erişimin engellenmesidir. Zorunlu bir durum söz konusu olmadıkça internet ortamında yapılan yayının tümüne yönelik bir engelleme olmamalıdır.⁷⁹ Ancak burada da TİB, yargı

⁷⁶ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu m.27’de “Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.” şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır.

⁷⁷ “...her ne kadar kanunda yargı kararının yerine getirilmesine ilişkin sürenin otuz günü geçemeyeceği belirtilmiş ise de bu sürenin azami bir süreye işaret ettiği anlaşılmaktadır.” Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

⁷⁸ Karar için bkz. B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

⁷⁹ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m.9 4.fıkarda “Hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe

kararları çerçevesinde belirli URL adreslerini değil, *twitter.com* adlı internet sitesini tamamen kapatmıştır. Halbuki TİB, sulh ceza mahkemelerinin bir ceza muhakemesi koruma tedbiri olarak vereceği kararlara dayalı olarak ve kararda öngörülen şekilde engelleme icrasını yerine getirmeliydi.

Gelinen bu noktada, TİB'in bu tavırlarını değerlendirmek gerekir. TİB bir yandan ilk derece mahkemelerinin kararlarını yanlış uygulamıştır; zira sadece belli adreslerin erişime kapatılmasına yönelik kararları uygularken kararın konusunu teşkil eden kısmı aşmış internet sitesine erişimi tamamen engellemiştir. Öncelikle, bir kamu idaresi olarak TİB'in mahkeme kararlarını bu şekilde çarpık okuması kabul edilemez niteliktedir. Üstelik burada kararların yanlış okunup yorumlanması değil, olmayan bir sonuç, ortaya çıkmamış bir iradenin uygulanması söz konusudur ki bu hem idari hem de adli anlamda vahim bir hatadır. İkincisi ise TİB yürütmeyi durdurmaya ilişkin kararı da kanunun ruhuna uygun uygulamamıştır; çünkü kanunun belirttiği üzere idare gecikmeksizin söz konusu kararı uygulamalıydı, otuz günlük süreyi ise kararın yerine getirilmesine ilişkin en geç süre olarak yorumlaması gerekirdi. İnsan hak ve özgürlükleri anında yaşandığında değer kazanır, dolayısıyla insan hak ve özgürlüklerine ilişkin bir yargı kararı mevcut ise asıl olan kararın konusunun derhal eyleme veya işleme sokulmasıdır. Aksi takdirde telafi edilemez hasarlar ortaya çıkabilir ve böylece hukuki güvence sarsılabilir. İnsan hak ve özgürlüklerine dayanan demokratik bir hukuk devletinin değerleri bunu gerektirir. Dolayısıyla, aksi bir tutum sergilenerek burada adeta olumsuz anlamda “yönetimsel aktivizm” ortaya konulmuştur.

Anayasa Mahkemesi ise ifade özgürlüğüne⁸⁰ ilişkin sınırlandırmaların

erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.” şeklinde düzenleme vardır.

⁸⁰ Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti Anayasa'nın 26. maddesinde “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir. Bu hürriyetlerin kullanılması, (Ek ibare: 3/10/2001-4709/9 md.) millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sıralarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir. Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını

devletin takdirinde olduğunu belirttikten sonra bu bağlamdaki denetimin ise kendisinde olduğunu belirtmiştir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri, ölçülülük ve öze dokunmama kriterleri ekseninde salt soyut bir denetim değil, burada ifadenin türü, şekli, içeriği, açıklandığı zaman, sınırlamaya konu edilen nedenlerin niteliği gibi etkenler göz önünde bulundurularak somut, ayrıntılı bir değerlendirme yapılmalıdır.⁸¹ Ayrıca, Yüksek Mahkemenin belirttiği üzere temel haklara ilişkin sınırlamaların zorunlu veya istisnai tedbir niteliğinde, AİHM'in de içtihatları çerçevesinde demokratik bir toplumda “zorlayıcı sosyal ihtiyaç” şeklinde uygulanması gerekmektedir.⁸² Dolayısıyla, ölçülülük ve hakların özüne dokunmama, yani hakkın kullanımını anlamsız kılma, güçleştirici bir şekilde işlevsiz hale getirme, sınırlandırmada önemli işlevsel ölçütlerdir. Hak ve özgürlüklerin korunmasında devletin negatif yükümlülüğünün yanında pozitif yükümlülüğü de söz konusudur; devlet etkin, amaç ile araç arasında orantılı bir koruma sağlamalıdır. Her şeyden önce, hak ve özgürlüklerin asıl, sınırlamanın istisna olduğu unutulmamalıdır. Neticede Yüksek Mahkeme, somut olayda hak ihlalinin olup olmadığına yönelik incelemesinde, AİHM'in “müdahale olup olmadığı”, mevcut ise “müdahalenin haklı sebeplere dayanıp dayanmadığı”, söz konusu ise haklı sebep “müdahalenin demokratik toplum düzeni için gerekli olup olmadığı ve ölçülü olup olmadığı” şeklindeki ölçütlerini kullanarak, TİB'in yukarıda belirtilen tutumunu Anayasa'nın 26. maddesinde koruma altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini belirtmiş ve bu doğrultuda kararını vermiştir.⁸³

Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı birçok açıdan tartışmaya açılmıştır, farklı yorumlar ortaya konulmuştur. Öncelikle Ankara 15. İdare Mahkemesi yürütmeyi durdurma kararı vermiş, TİB bu karar karşısında deyim yerindeyse pasif hareket emiştir. Ancak bu da göstermektedir ki dava henüz idare mahkemesinin önündedir; yani yargılama devam etmektedir. Anayasanın 148. maddesinin üçüncü fıkrasına göre temel hak ve özgürlüklerin ihlalleri bağlamında bireysel başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının

engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz. (Ek: 3/10/2001-4709/9 md.) Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁸¹ “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin Anayasa'nın 13. maddesi.

⁸² Karar için bkz. B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

⁸³ Karar için bkz., B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

tüketilmesi gerekmektedir.⁸⁴ Ancak buna rağmen, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruyu kabul etmiş, davayı esas açısından incelemeye almış, esas hakkında hükmünü vermiştir. Peki, Yüksek Mahkemenin bu kararı almasının arkasındaki sebep nedir; bu kararı nasıl okumak gerekir?

Özbudun'a göre kararın gelişim sürecinde siyasal bir tutumun etkisi yoktur. İç hukuk yollarının tükenmeden kararın alınması yerinde bir tavidir; zira AİHM'e başvuru kapsamında da iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı olmasına rağmen iç hukuk yollarına başvuru yapıldığı takdirde tatmin edici bir sonuç alınmayacağı belli ise Mahkeme olaya el koyup ihlale yönelik karar verebilmektedir. Nitekim Türkiye ile ilgili birçok karar bu şekilde verilebildi.⁸⁵ Dolayısıyla Yüksek Mahkemenin AİHM'in yorumunu bu bağlamda benimsemesinde şaşırılacak bir durum bulunmamaktadır; çünkü yürütmeyi durdurmaya yönelik karar geciktiriliyor ve böylece söz konusu yoldan sonucun alınması uzun bir sürece ertelenmiş olunuyor. Dolayısıyla, Yüksek Mahkemenin bu kararının herhangi bir siyasi saik taşıması veya yabancı bir şirketin çıkarlarını korumaya yönelik olması söz konusu değildir; bu karar ile Türkiye Cumhuriyeti'ni vatandaşlarının iletişim ve bilgi edinme hakları korunmaktadır. Öte yandan yapılacak yayınlar şüphesiz insan onuruna, haysiyetine, özel hayatına zarar vermemelidir. Bu tür hak ihlallerinin başka türlü koruma yolları olmalıdır, ama sözgelimi somut olaydaki gibi yayının yapıldığı kanal tümüyle kapatılmamalıdır. Ancak, burada Twitter veya bir diğer şirketin Türk mahkemelerinin kararlarını dikkate almalıdır. Bununla birlikte, çağdaş demokrasilerin en önemli unsurlarından biri olarak insan

⁸⁴ “(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/18 md.) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.” Anayasa m.148/3. Ayrıca 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 45/2’de “İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.” şeklinde düzenleme bulunmaktadır.

⁸⁵ Gerçekten de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre etkili hukuk yolunun teoride olduğu gibi pratikte de etkili bir yol olması gerekmektedir. Bu anlamda etkili ve uygun hukuk yolu erişilebilir, yeterli ve etkili olmalıdır. İç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiğine ilişkin maddeyi ise Mahkeme katı bir şekilsellik ekseninde değil, belirli bir esneme payı ile değerlendirmektedir. O halde başvurulduğu takdirde başarıya ulaşamayacağı basit bir şüpheden öte ortada olan bir hukuk yolunun tüketilmesi pek bir anlam ifade etmeyecektir ve dolayısıyla tüketilmesi gerekmeyecektir. Bu durumda hak ihlaline ilişkin bir çözüm getirmeyecek bir yola başvurulması zorunlu kılınmamalıdır. Bu konuda AİHM'in içtihatları için bkz. Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, C.2, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 562 vd.

onurunun herhangi bir şekilde yıpratılmasına da izin verilmemesi gerekir.⁸⁶

Can'a göre ise bireysel başvuruda bulunmak için olağan kanun yollarının tüketilmesi gerekmektedir.⁸⁷ Olağan mahkemelerde çözüme kavuşturulması gereken konular bireysel başvuruya konu edilmemelidir.⁸⁸ Fakat, kararda kural ve usuller göz ardı edilmiş, iç hukuk yolları tüketilmeden başvurular incelenmeye alınmış ve esasa geçilmiştir.⁸⁹ Öncelikle burada Anayasa Mahkemesinin “sosyal medyada belli olay ve olgulara ilişkin olarak paylaşılan haber ve düşüncelerin zamanın geçmesiyle güncelliğini yitirip etki ve değerini kaybedebileceği”⁹⁰ gerekçesi yerinde değildir; zira kararın verildiği günlerde *twitter.com* adlı siteye VPN üzerinden ulaşılabilmektedir. Şu halde haber ve bilgi paylaşımına ulaşma bakımından bir etki ve değer kaybı söz konusu değildir. Hakkın kullanılmasının zorlaştırılmış olduğu elbette inkar edilemez; ancak Mahkeme bu tavrı ile hak ihlaline ilişkin bir “vaka” yerine oluşturulan bir “algıyı” veya “sanal bir gerçekliği” esasa aldığı kuşkusuna sebep

⁸⁶ Ergun Özbudun, *Hürriyet Röportajı*, 28 Nisan 2014, (erişim 07/05/2015).

⁸⁷ Osman Can, Twitter Kararı, *Akşam Gazetesi*, 05/04/2014, (erişim 07/05/2015).

⁸⁸ Nitekim Anayasanın 148.maddesi bu yöndedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 46.maddesinin birinci fıkrası“Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir.” şeklinde bir düzenleme içermektedir.

⁸⁹ Akyol'a göre ise iç yargı yolunun tüketilmesi uzun süre, belki de birkaç yıl süreceğinden Anayasa Mahkemesinin verdiği karar yerindedir. Aksi durum “yasak süresini idarenin yani iktidarın takdirine bırakmak” anlamına gelir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki bir hakka yönelik sözleşmeye aykırı bir sınırlamanın “belirsizliğe” bırakılması düşünülemez. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararında idari yargının beklenmesi durumunda “siteye ne zaman erişimin sağlanacağı belirsiz” olduğunu vurgulamaktadır. Öte yandan bazı sayfalar sebebiyle bütün erişimin kapatılması “ölçülü” de değildir. Bu bağlamda Mahkeme “belli bir amaca ulaşmak için alınan sınırlayıcı tedbir, gereğinden ağır ve katı ise o sınırlama ölçülü olmayacağı gibi demokratik toplun düzenine de uygun bir sınırlama olmayacaktır” demiştir. Bununla birlikte twitter yasağı basit bir “asayiş” önlemi olarak da değerlendirilemez; zira Yüksek Mahkemenin de belirttiği gibi “Ülkemizde milyonlarca kullanıcısı olan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin bu kişilerin demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun acilen denetlenmesi ve hukuka aykırılık tespiti halinde sınırlamanın hemen kaldırılması demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluktur.” Taha Akyol, Yargıya Saygı, *Hürriyet*, 07/04/2014, (erişim 07/05/2015). Ayrıca bkz. Taha Akyol, ‘AYM ile iftihar ediyorum’ *Hürriyet*, 05/04/2014. (erişim 07/05/2015). Güzel ise bu durumun aksi noktasında görüş bildirmektedir. Burada iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek olmadığı şeklindeki yorum yerinde değildir ve Anayasa Mahkemesi’nin geleceği açısından tehlikelidir. Yüksek Mahkeme bu kararı ile yetkisini genişletmiştir ve bu yöndeki bir eğilime saygı duyulması beklenmemelidir. Hasan Celal Güzel, Anayasa Mahkemesi’nin Twitter Kararı Hukuka Aykırıdır, *Sabah*, 08/04/2014, (erişim 07/05/2015).

⁹⁰ Karar için bkz. B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

vermektedir.⁹¹ Bir ikinci önemli nokta ise Mahkeme'nin iç hukuk yollarının hakkı etkin bir şekilde korumaya almadığı yönündeki değerlendirmesidir. Ancak olağan yargı yollarının etkisizleştirilmesine yol açabilecek bu şekilde kurulan “tehlikeli mantık” bizzat mahkemenin kendisinin de dahil olduğu yargısal sistemin meşruiyetini tüketir. Hukuki güvenlik ortadan kalkabileceği gibi Anayasa Mahkemesi ilk derece mahkemesi niteliğine bürünebilir. Bu doğrultuda sosyal medya mecrasında muhtemel hak ihlallerinin hepsini Yüksek Mahkemeye götürmek gerek; çünkü internet ortamında yaşanan hak ihlallerine yönelik olağan mahkemelerinin kararlarının uygulanmasına kadar tafelsi mümkün olmayan zararlar halihazırda gerçekleşmiş olacaktır. Bu mantık bütün hukuk sistemi için kurulduğunda Anayasa Mahkemesi dışında ortada mahkeme kalmayabilir. Özgürlükler için esas sıkıntı böylelikle söz konusu olur.⁹² Öte yandan Yüksek Mahkemenin kendi kendini sınırlayacak bir görünüm vermemesi “olağanüstü iktidar” görünümüne sebep verir. Nitekim Can bu doğrultuda “Hukuk devleti her şeyden önce usuller, kurallar ve prosedürler devletidir. Bunlar atlanarak iyi sonuçlar alınabilir ama bu gerçekten de özgürlükler için her zaman güvence olmayabilir.” demektedir.⁹³

Bilir, benzer şekilde bireysel başvuru yolunda olağan kanun yollarının tüketilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bireysel başvuru yolu, hakların korunması bakımından ikincil nitelikte bir koruma mekanizması sağlar. Bu durumda, kamu gücü dolayısıyla hakları ihlal edilen bireyler doğrudan bireysel başvuru yolu mekanizmasını harekete geçiremezler. Bireysel başvuru yolu ikincil nitelikte koruma sağlayan hukuki anlamda özel bir yoldur. O halde gerek idari gerek yargısal anlamda hem şekli hem de maddi olarak öngörülen yolların tüketilmesi gerekir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin bu noktada gerekli hukuk yollarının tüketilmesini öngörmemesi yerinde değildir. Zira halihazırda işleyen bir yargı süreci söz konusudur ve henüz yargılamada kesin hüküm bağlamında nihai karar verilmemiştir. Kaldı ki burada TİB'in itiraz imkanı da mevcuttur; itiraz halinde engellemeye yönelik kararın yerinde görülmesi durumunda ise belirsizlik ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla, başvuru sahipleri bakımından idare mahkemesine başvurularının etkili bir yol olmadığı şeklindeki kanaat kabul edilemez niteliktedir ve henüz

⁹¹ Osman Can, Twitter Kararı, *Akşam Gazetesi*, 05/04/2014, (erişim 07/05/2015).

⁹² Karar için bkz. B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

⁹³ Osman Can, Twitter Kararı, *Akşam Gazetesi*, 05/04/2014, (erişim 07/05/2015).. Öte yandan Can “Denetleyen, denetlenenden daha fazla kurallara riayet etmeli ki, denetim meşrulaşsın.” diyerek yukarıdaki söylemi güçlendirmiş olmaktadır.

tamamlanmamış yargı sürecini anlamsızlaştırmaktadır. Şu halde bu şekildeki görüş bireysel başvuru yolunun amacıyla da bağdaşmamaktadır.⁹⁴

Bu durumda, kararın iki ana yönden değerlendirilmesi gerekmektedir. Birincisi Yüksek Mahkemenin ifade özgürlüğü ekseninde genel olarak hak ve özgürlüklere karşı gelişen tavrıdır. Hukuk devleti, yukarıda da değindiğimiz gibi, salt norma dayalı bir mekanizmayı öngörmez; normların insan hak ve özgürlükleri ekseninde gelişimini ve bu gelişim bağlamında insan merkezli değerler dizisine dayanan bir sistemi esas alır. Bu şekilde normların biçimsel işlevselliği maddi nitelik ile desteklenerek anlam kazanır; hukuksal alanda belirlilik ve güvence özde de aynı fonksiyona sahip olur. Öteki türlü, devletin elinde salt şekilsel tutarlılığa sahip mekanizma, içi anlam ve değerlerle doldurulmadığı zaman insan hak ve özgürlükleri açısından tehlikeli bir aygıt dönüşürler. Yani biçimsel tutarlılık maddi tutarlılık ile meşruiyet bulacaktır. Şu halde insan hak ve özgürlükleri hukuk devletine bağlı olarak sadece pasif değil aynı zamanda aktif koruma altında olmalıdırlar. Bu durum böylelikle çoğulcu demokrasi anlayışına da uyacaktır. Çoğulcu demokrasi ile birey siyasal, sosyal veya ideolojik bakımdan yaşam pratiğinde özerk alana sahip olacaktır. Bu şekilde sağlanan tinsel ve metasal özerklik ortamında birey sahip olduğu hak ve özgürlükleri en anlamlı ve derin şekilde yaşama imkanı yakalayacaktır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin verdiği kararın bu anlamda isabetli olduğu söylenebilir.⁹⁵

Öteyandan, ikinci olarak, kararın bireysel başvuru yolunda idari ve yargısal yolların tüketilmesinin gerekli olduğu görüşü çerçevesinde değerlendirilmesi

⁹⁴ Faruk Bilir, Anayasa Mahkemesi'nin Twitter Kararı, (<http://www.ankarstrateji.org/yazar/prof-dr-faruk-bilir/anayasa-mahkemesi-nin-twitter-karari/> erişim 17/04/2015).

⁹⁵ Nitekim Yüksek Mahkeme esas yönünden incelemesinde ifade özgürlüğü bağlamında bu doğrultuda çok önemli tespitlerde bulunmuştur. "İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Hakikat ışığı fikirlerin çarpışmasından doğar. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir." Yine aynı kararda Yüksek Mahkeme "İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini gerçekleştirilmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Toplumsal çoğulculuğa ancak her türlü fikrin serbestçe ifade edilebildiği özgür tartışma ortamında ulaşılabilir. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir." demiştir. Karar için bkz. B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

gerekmektedir. TİB'in İdare Mahkemesinin yürütmeyi durdurmaya ilişkin kararına rağmen internet sitesine erişim engelini kaldırmaması veya deyim yerindeyse kararı uygulamada ağırdan alması Anayasa Mahkemesinin bu anlamda dikkatini çekmiştir ve “etkin ve erişilebilir” nitelikli bir korumanın söz konusu olmadığı yönündeki görüşe varmasına sebep olmuştur. Gerçekten de insan hak ve özgürlükleri yaşam pratiğinde belirli dinamizm ile tecrübe edilerek esas anlamını bulurlar. Bir bakıma hak ve özgürlükler belirli bir zamanda ve belirli bir mekanda birey için eylemsel kılınabildikleri ölçüde işlevsel olurlar ve böylelikle bireylerin yaşamlarına anlam ve değer katarlar. Aksi halde, hak ve özgürlükler yaşam alanında “an” ile olan simetriğini kaybettiğinde anlam ve değer kaybına uğrarlar ve birer yanılsama olarak varlık bulurlar. Bu durum ise gerçek anlamda hukuk devletine dayanan çoğulcu bir demokraside kabul edilemez. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi'nin tüketilecek etkin bir yolun kalmadığına yönelik kanaate varması ve bu kanaat bağlamında dosyayı incelemeye alması, yukarıda da belirtildiği gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları ile de uyumlu olduğu söylenebilir; zira AIHM'e göre de ihlalin engellenmesine ilişkin etkin ve elverişli bir yol söz konusu değilse ve bu durum hak ve özgürlükler için tehlike arz ederse dosyalar incelenmeye alınabilmektedir. Anayasa Mahkemesi de somut olaya bu açıdan yaklaşmıştır.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin bu kararında yargısal aktivizm doğrultusunda aktivist bir tutum sergilediği söylenebilir. Anayasacılık ekseninde çoğulcu demokrasi ve hukuk devletine bağlı değerler dizisi referans alındığı ölçüde aktivist tutum olumlu bir anlam kazanır. Dolayısıyla anayasacılık düşüncesi bir taraftan devleti sınırlandırırken diğer taraftan modern sonrası zamanlarda hukuk devleti ve demokratik değerlerle ilişkiye girerek insan hak ve özgürlüklerini yorumlamada anlam genişlemesini ve derinliğini arttırmaktadır. Bu durumda hak ve özgürlükler için aktif koruma ve geliştirme gereklidir. Zaten yukarıda da belirtildiği üzere aktivist tutum, hak ve özgürlüklerin yaşam pratiğinde işlevsel bir anlam ve değer kazanması doğrultusunda anayasa yargısının operasyonel gücü niteliğinde olduğu söylenebilir.

Sonuç

Anayasacılık, beraberinde getirdiği hukuk devleti ve demokrasi gibi değerlerle modern devlet yapılanmasını insan hak ve özgürlüklerinin yaşam pratiğine dökülmesi noktasında fonksiyonel kılmıştır. Gerçekten de modern devlet ve birey ilişkisi veya birey ile diğer toplumsal gruplar arasındaki

ilişkiler oldukça karmaşık bir ağ olarak reel düzlemde yaşanmaktadır. Bu duruma modern sonrası sürecin hak ve özgürlüklere yönelik toplumsal alanda göreceliği eklendiğinde ilişki ağınının çözümlenmesi daha da önem kazanmaktadır.

Şu halde, insan hak ve özgürlüklerinin güvenceye bağlanması, siyasal ve sosyal hayatta canlandırılıp işlevsel kılınması yolunda anayasacılığa bağlı değerler dizisinin anayasal belgelerde salt tanınıp düzenlenmesi yeterli gözükmemektedir. Sözelimi, hukuk devleti dendiğinde sadece şekilsel bütünlük veya bir normlar ağı değil aynı zamanda hak ve özgürlüklerin içselleştirildiği, meşruiyetini insana hizmette bulan ve gerek devlet-birey arasında beliren dikey gerek birey ile diğer toplumsal gruplar arasında ortaya çıkan her türlü yatay hiyerarşinin hukuk karşısında eritilmesinden bahsedilmiş olunmaktadır. Aynı şekilde çoğulcu demokrasi ile birlikte birey siyasal ve sosyal hayatın her alanında kazandığı özerk statüsünde sahip olduğu değer ve düşünceleri eylemselliğe rahatlıkla dökebileceklerdir.

O halde anayasa yargısı da çeşitli düşünsel veya türevi ideolojik değişkenlere bağlı çoğunluklar karşısında yasamadan doğabilecek aksaklıkları veya deyim yerindeyse yan etkileri, bir anlamda, engellemiş olmaktadır. Dolayısıyla, bu amaçla meydana getirilen anayasal tasarım, mekanizmanın reel pratiği için hukusal altyapı ve güvence sağlamış olmaktadır. Şüphesiz anayasal yapılanma ne kadar mükemmel tasarlanırsa tasarlanırsın yaşam pratiğindeki çeşitlilik ve karmaşıklık karşısında hata verebilir; ancak burada önemli olan, ortaya çıkan eksikliklerin ve sıkıntıların insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda iyi niyetle giderilmesidir. Sonuç olarak daha demokratik, adil ve özgür bir dünya için kolektif bilinç ve çaba gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKAL, Cemal Bali, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, Dost Kitabevi, b.4, Ankara 2010.

AKYOL, Taha, *Yargıya Saygı*, Hürriyet, 07/04/2014, (<http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/26167859.asp> erişim 07/05/2015).

AKYOL, Taha, *'AYM ile iftihar ediyorum'* Hürriyet, 05/04/2014. (<http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/26156676.asp> erişim 07/05/2015).

ALBERT, Richard, *The Cult of Constitutionalism*, Florida State University Law Review, Vol. 39, No. 2, 2012, p.373-416.

ARSLAN, Zühtü, *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yayıncılık, b.1, Ankara 2005.

ATAR, Yavuz, *Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması*, Anayasa Yargısı, Cilt: 25, 2008, s.93-115.

ATAR, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayınları, b.7, Konya 2012.

BARNSTEDT, Luise, Elke, *Judicial Activism in the Practice of the German Federal Constitutional Court: Is the GFCC an Activist Court?*, Juridica International, Law Review University of Tartu, Vol. XIII, 2007, p.38-46.

BATUM, Süheyl, *99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa*, XII Levha Yayınları, b.2, İstanbul 2010.

BİLİR, Faruk, *Anayasa Mahkemesi'nin Twitter Kararı*, (<http://www.ankarastrateji.org/yazar/prof-dr-faruk-bilir/anayasa-mahkemesi-nin-twitter-karari/> erişim 17/04/2015).

CAN, Osman, *Twitter Kararı*, Akşam Gazetesi, 05/04/2014, (<http://www.aksam.com.tr/yazarlar/twitter-karari/haber-297477> erişim 07/05/2015).

COHEN, Adam, *Last Term's Winner at the Supreme Court: Judicial Activism*, The New York Times, (http://www.nytimes.com/2007/07/09/opinion/09mon4.html?_r=0 erişim 09/07/2007).

DEAN, w., John, *What Exactly Is judicial Activism? The Charges Made Against the President's Judicial Nominees*, (<http://writ.news.findlaw.com/dean/20050617.html> erişim 17/06/2005).

DIAMOND, Larry, *Developing Democracy; Toward Consolidation*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore ve Londra, 1999.

DOĞRU, Osman/Nalbant, Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, C.2, Legal Yayıncılık, b.2, İstanbul 2013.

DWORKİN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, United States of America, 1986.

DWORKIN, Ronald, *Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri*, Anayasa Yargısı, C. 28, 2011, s.27-39.

ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasa Hukuku*, Orion Yayınevi, b.3, Ankara 2005.

ERGÜL, Ozan, *Berraklaştırılmayan Bir Kavram: "Yargısal Aktivizm"*, TBB Dergisi, S. 104, 2013, s.37-54.

GÖNENÇ, Levent, "Ortaçağ Anayasacılığı", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan içinde *Ortaçağ Avrupası'nda Anayasacılığın Düşünsel ve Kurumsal Temelleri*, (Der: Serap Yazıcı, Kemal Gözler, Ece Göztepe), Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s.267-291.

GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin Yayınları, Birinci Bakıdan Üçüncü Ek Baskı, Bursa 2010.

GREEN, Roger Craig, *An Intellectual History of Judicial Activism*, (http://works.bepress.com/roger_craig_green/1/ erişim 07/05/2015), 2008, p.1-54.

GÜZEL, Hasan Celal, *Anayasa Mahkemesi'nin Twitter Kararı Hukuka Aykırıdır*, *Sabah*, 08/04/2014, (<http://www.sabah.com.tr/yazarlar/guzel/2014/04/08/anayasa-mahkemesinin-twitter-karari-hukuka-aykirimdir> erişim 07/05/2015).

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

HONNIGE, Christoph, *Constitutional Courts and the Challenges They Present to Comparative Politics*, International Word Congress, Santiago de Chile 2009, p.1-21.

KABOĞLU, Ö., İbrahim, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Yayıncılık, b.8, İstanbul 2012.

KAPANİ, Münci, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, b.25, Ankara 2010.

KMIEC, Keenan D., *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, California Law Review, Vol. 92, No. 5, 2004, p.1441-1478.

KORUCU, Serdar, *Yargısal Aktivizm*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

MARDİN, Şerif, *Türk Modernleşmesi*, İletişim Yayınları, b.20, İstanbul 2011.

ODER, Bertil Emrah, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Beta Yayınları, İstanbul 2010.

ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, b.15, Ankara 2014.

ÖZBUDUN, Ergun, *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014.

ÖZBUDUN, Ergun, *Hürriyet Röportajı*, 28 Nisan 2014, (<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/26307029.asp> erişim 07/05/2015).

PASQUINO, Pasquale, *Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy*, Ratio Juris, Vol.11, No.1, 1998, p.38-50.

PINELLI, Cesare, *The Concept and Practice of Judicial Activism in the Experience of Some Western Constitutional Democracies*, Juridica International, Vol. XIII, 2007, p.31-37.

SANCAR, Mithat, *“Devlet Akli” Kıskaçında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, b.6, İstanbul 2012.

SWEET, Alec Stone, *Constitutional Courts and Parliamentary Democracy (Special Issue on Delegation)*, West European Politics, Vol.25, 2002, p.77-100.

ŞAHİN, Adil, *Siyasal Düşünceler Tarihinde “Sınırlı Devlet” Fikrinin Kadimliği Ya Da Genel Kamu Hukuku Bağlamında İnsan, Özgürlük ve Devlet İktidarı Algısındaki Evrilme*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XV, S. 3, 2011, s.311-362.

VOLCANSEK, L., Mary, *Constitutional Courts as Veto Players: Divorce and Decrees in Italy*, European Journal of Political Research, Vol.39,

2001, p.347-372.

YOUNG, A. Ernest, *Judicial Activism and Conservative Politics*, Colorado Law Review, Vol. 73, No. 4, 2002, p.1139-1216.

YÜKSEL, Metin, *Anayasanın Yorumlanması*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2008.

BANKACILIK VE SERMAYE PİYASASI SUÇLARINA İLİŞKİN MUHAKEME KURALLARI*

Erdi YETKİN**

ÖZET

Bankacılık Hukuku ile Sermaye Piyasası Hukukunda, özel hukuk yaptırımları ile idari yaptırımların haricinde cezai yaptırımlar da düzenlenmiştir. Bankacılık Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanununda hem maddi ceza hukukuna hem de ceza muhakemesi hukukuna dair hükümlere yer verilmiştir. Çalışmamızda, belirtilen hukuk dallarındaki ceza muhakemesi hükümleri incelenmiştir. İlk iki bölümde soruşturma ve kovuşturma evrelerine ilişkin kurallar değerlendirilmiştir. Akabinde varsayımsal zimmet suçuna özgü kurallara ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur. Sonrasında Bankacılık Kanunu m. 167 ve Sermaye Piyasası Kanunu m. 115/5 düzenlemelerine ilişkin açıklamalar getirilmiştir. Çalışmamızın sonunda ise ulaşılan neticeler açıklanmıştır. Değerlendirdiğimiz konular ceza muhakemesi hukukundaki karşılıkları ile karşılaştırma yapılarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Bankacılık, Sermaye Piyasası, Finansal Suçlar, Ceza Muhakemesi Kuralları, Koruma Tedbirleri

THE RULES OF CRIMINAL PROCEDURE REGARDING BANKING AND CAPITAL MARKET CRIMES

ABSTRACT

Criminal sanctions, apart from private law sanctions and administrative sanctions, are embodied in the law of banking and the law of capital market. Certain provisions about both the law of financial penalties and the law of criminal procedure are present at The Banking Law and The Capital Market Law. In this study, these provisions of criminal procedure in specified department of law are considered. The rules of the investigation and prosecution are evaluated in the first two chapters. Subsequently, it is explained regarding the specific rules of “The crime of the presumptive embezzlement”. Following that, the article 167 of The Banking Law and the article 115/5 of The Capital Market Law are clarified. In the end of the study, the results are expressed. Mentioned topics are considered by comparing related references in the law criminal procedure.

Keywords: Banking, Capital Market, Financial Crimes, The Rules of Criminal Procedure, Measures of Precaution

* Bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı “Finansal Piyasa Suçları ve Kabahatleri” dersi kapsamında hazırlanan çalışmanın yayım için düzenlenmiş halidir.

** İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi/Stajyer Avukat, İstanbul Barosu, erdiyetkinn@gmail.com.

GİRİŞ

Kanun koyucunun kimi suçların (en meşhur haliyle; eski DGM'lerin, CMK mülga m. 250 vd. ile görevli mahkemelerin, mülga TMK m. 10'a göre görevli mahkemelerin görev alanındaki suçlar örneklerinde olduğu gibi) veya kişilerin (yine en meşhur haliyle; MİT mensupları hakkında getirilen düzenleme örneği) muhakemesine ilişkin, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) hükümlerinden ayrılarak ayrıkça düzenlemeler yapması bilinen bir olgudur. Bu farklı düzenlemelerin çeşitli sebepleri olabilmektedir. Tam bu noktada belirtmek gerekir ki, kanun koyucu 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (BankK) ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda (SerK) düzenlenen (ve SerK bakımından atıfta bulunan suçlar da bu kapsama alınmıştır) suçların muhakemesinde de farklı düzenlemeler getirmiştir.

Gerek Bankacılık Hukuku gerekse Sermaye Piyasası Hukuku özel hukuk karakteri ağır basan hukuk dallarıdır. Bununla birlikte bu alanlarda Bağımsız İdari Otorite (BİO) olarak adlandırılan çeşitli kuruluşların yer aldığı görülmektedir¹. Özellikle Türkiye'nin 2000'li yılların başında yaşamış olduğu bankalar krizi bu kuruluşların önemini ortaya koyar niteliktedir. Böylelikle bahsedilen hukuk alanlarının özel hukuk karakteri baskın olsa da BİO'ların idari yaptırımları da son derece önemlidir. Özel hukuk düzenlemeleri ile idari düzenlemelerin haricinde, bankacılık ve sermaye piyasası alanlarının genel olarak ülke ekonomisi bağlamında taşıdığı özel önem nedeniyle bu alanlardaki haksızlıklara ilişkin cezai hükümler de ihdas edilmiştir. Bizce bu alanların ekonomi bakımından taşıdıkları özel önem, suçların teknik ve özel niteliği, bu alanlarda faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişiler bakımından itibarın özel olarak önemli olması da kanun koyucunun ihdas ettiği suçlara ilişkin özel muhakeme kuralları öngörmesinin nedenini oluşturmaktadır.

¹ Bağımsız İdari Otoritelerin; siyasal organlardan bağımsız, özellikle ekonomik faaliyetler alanında düzenleme/denetim görevleri yapan, diğer kamu tüzel kişileri ile hiyerarşi veya idari vesayet ilişkisi içerisinde olmayan bağımsız kamu kuruluşları olduğu vurgulanmaktadır. BDDK, TMSF, SPK, EPDK, Rekabet Kurumu gibi kuruluşlar BİO'lara örnek teşkil etmektedir. BİO'lar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: İsmet GİRİTLİ, Pertev BİLGİN, Tayfun AKGÜNER, Kahraman BERK, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul, Der, 2011, s.487-495. Ayrıca BDDK, TMSF ve SPK'nın tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğine sahip olduklarının da altı çizilmelidir. Her bir kurumun resmi internet sitesinde idari ve hukuki yapıları hakkında verdikleri bilgilerde bu yöne dikkat çekilmiştir. Bkz.: <http://www.tmsf.org.tr/default.html>.; http://www.bddk.org.tr/WebSitesi/turkce/Kurum_Bilgileri/BDDK_Hakkında/5802bddk_kitapcik_14_07_2014_tur.pdf.; <http://www.spk.gov.tr/indexcont.aspx?action=showpage&showmenu=yes&menuid=0&pid=1&subid=1&submenuheader=1>.

Çalışmamız, yukarıda işaret edilen BankK ve SerK’da yer alan suçlara ilişkin muhakeme kuralları hakkındadır. BankK’da yer alan muhakeme kuralları daha ayrıntılı olmaları sebebiyle ağırlık noktamızı oluşturacaklardır. Ancak ilgili yerlerde SerK’daki düzenlemeler de belirtilecek ve eğer bir farklılık mevcutsa ilgili hususa dikkat çekilecektir. İncelememizde ilk olarak soruşturma aşamasındaki kurallara ilişkin açıklamalarda bulunacağız. Sonrasında kovuşturma aşamasıyla ilintili kuralları değerlendireceğiz. Hemen akabinde BankK m. 166’da düzenlenen özel soruşturma ve kovuşturma usulü incelenecektir. Son olarak ise diğer hükümler başlığı altında BankK m. 167’deki infaza ilişkin hüküm ile SerK m. 115/5’te yer alan düzenlemeye yer verilecektir. Sonuç bölümünde ise çalışma kapsamında ulaşılan neticeler öz bir şekilde izah edilecektir.

I. SORUŞTURMA EVRESİNE İLİŞKİN KURALLAR

A. YAZILI BAŞVURU MUHAKEME ŞARTI

1. YAZILI BAŞVURU MUHAKEME ŞARTININ NİTELİĞİ VE UYGULANMASI

BankK m. 162/1 ve SerK m. 115/1’ “**Yazılı Başvuru**” kavramı altında bir muhakeme şartı öngörmüştür. Madde metinleri incelendiğinde yazılı başvurunun özellikle muhakeme şartı olduğunun vurgulandığı görülmektedir. Yazılı başvuru muhakeme şartının öngörülmesinin sebebi olarak ise icra etmiş oldukları faaliyet dolayısıyla bir güven kurumu olan bankaların itibarının korunması ihtiyacı belirtilmiştir².

Muhakeme şartı; muhakeme faaliyeti yapılabilmesi, bu bağlamda soruşturma yürütülüp kamu davasının açılabilmesi ve kamu davasında yargılama yapılabilmesi için varlıkları veya yoklukları gerekli olan şartlardır³.

² Selman DURSUN, “Yeni Bankacılık Kanunu’nda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:2, S: 4, Ankara, Seçkin, 2007, s. 264.; Ali PARLAR, Mustafa AKIN, Muzaffer HATIPOĞLU, **Bankacılık Ceza Hukuku**, Ankara, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi 2010, s. 373.; Yaşar ALICI, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, İstanbul, Beta, 2007, s. 1294.

Sermaye piyasası suçları bakımından yazılı başvuru koşulunun getirilmesinin sebebi olarak ise piyasaya olan güvenin korunması zira sonuçta beraat kararı verilmiş olsa bile konunun muhakeme makamlarına yansımalarının piyasanın güvenilirliğini olumsuz yönde etkileyebileceği gösterilmektedir. Bkz.: Selman DURSUN, **Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, İstanbul, XII Levha, 2010, s. 147- 148.

³ Doktrinde muhakeme şartlarına ilişkin pek çok tanım yapılmıştır. Muhakeme şartlarına ilişkin yapılan tanımlara ilişkin Bkz.: Nurullah KUNTER, Feridun YENİSEY, Ayşe NUHOĞLU, **Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Bası, İstanbul, Arıkan, 2006, s. 64.; Veli Özer ÖZBEK, Mehmet Nihat KANBUR, Koray DOĞAN, Pınar BACAĞSIZ, İlker

Öğretide muhakeme şartlarına ilişkin olarak dava şartları ve yargılama şartları şeklinde ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir⁴. Soruşturma evresine ilişkin muhakeme şartları ilk grubu oluştururken, soruşturma evresi tamamlanıp da kamu davası açıldıktan sonra yargılama yapılabilmesi için gereken şartlar ise ikinci grup içinde değerlendirilmektedir.

BankK'da muhakeme kurallarına ilişkin bölümün başlığı "**Kovuşturma Usulü**" şeklindedir. Ancak yazılı başvuru şartını düzenleyen BankK m. 162'de, yazılı başvurunun hem soruşturma hem de kovuşturma evrelerine ilişkin olduğu belirtilmiştir. Ana başlık ile madde düzenlemesi arasındaki uyumsuzluğa ise haliyle öğretide dikkat çekilmiştir⁵. BankK m. 162/1 uyarınca, bu Kanun kapsamındaki suçlara ilişkin soruşturmaya başlayabilmek için yazılı başvuru gerekecek ve her nasılsa yazılı başvuru şartı sağlanmaksızın soruşturmaya başlanılmış olup da soruşturma neticesinde iddianame kabul edilip kamu davası açılırsa kovuşturma evresinin devamı için yine yazılı başvuru aranacaktır⁶. Yazılı başvuruda bulunabilecekler ise Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK/Kurum) veya Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'dur (TMSF/Fon)⁷. SerK m. 115/1'de ise soruşturma yapılması için Sermaye Piyasası Kurulu (SPK/Kurul) tarafından yazılı başvuru yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır⁸. Bu düzenleme ışığında da soruşturmaya başlayabilmek için SPK'nın yazılı başvurusu gerekmektedir. SerK m. 115/1'de kovuşturma için ayrıca bir ifadenin bulunmaması hemen

TEPE, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Genişletilmiş ve Geliştirilmiş 6. Baskı, Ankara, Seçkin, 2014, s. 126.; Süheyl DONAY, **Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku**, İstanbul, Beta, 2015, s. 277.; Bahri ÖZTÜRK, Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, Özge SIRMA, Saygılar KIRIT, Özlem ÖZAYDIN, Esra ALAN AKCAN, Efser ERDEN, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara, Seçkin, 2013, s. 50; Yener Ünver, Hakan HAKERİ, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncel Yargıtay Kararlarıyla Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Adalet, 2010, s. 97.; Cumhur ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2013, s. 55.

⁴ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, **a.g.e.**, s. 127.

⁵ Süheyl DONAY, **Bankacılık Ceza Hukuku**, İstanbul, Beta, 2007, s. 121.

⁶ DONAY, **Bankacılık Ceza Hukuku**, s. 121.

⁷ Fonun yetki alanına giren konular için bkz.: Seza REİSOĞLU, **Bankacılık Kanunu Şerhi C:I**, Ankara, 2007, s. 1733.; Selman DURSUN, **Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 169-172.

⁸ 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda yazılı başvuruda bulunma yetkisi başlangıçta Maliye Bakanlığı'na aitken Kanun'da yapılan değişiklik ile hâlihazırdaki 6362sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda olduğu gibi bu yetki SPK'ya verilmiştir. Maddenin değişiklik gerekçesi için Bkz.: DURSUN, **Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, s. 147, dp. 430.

yukarda BankK çerçevesinde ulaşılan sonucu değiştirmeyecektir. Her nasılsa Kurul'un yazılı başvurusu olmaksızın soruşturmaya başlanıp neticede kamu davası açılırsa yargılamaya devam edebilmek için Kurul'un yazılı başvurusu gerekecektir. Bu halde, mahkemece, şartın gerçekleşmesi mümkün olduğundan ve yargılama da başladığından **“Durma”** kararı verilmelidir⁹.

Yazılı başvuru muhakeme şartının niteliğini tespit etmeye geçmeden önce hangi suçlar bakımından bu şartın geçerli olduğu belirtilmelidir. BankK m. 162 hükmü uyarınca yalnızca BankK 'da düzenlenen suçlar hakkında soruşturma ve kovuşturma yürütebilmek için yazılı başvuru şartı gerçekleşmelidir. BankK haricindeki kanunlarda düzenlenen bankacılık suçlarının muhakemesinde ise yazılı başvuru şartının gerçekleşmesine gerek yoktur¹⁰. SerK açısından ise durum şu şekildedir; ilgili maddede *“Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır.”* şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek, hem SerK'da doğrudan doğruya düzenlenen hem de bu Kanunda başka kanunlara atıf yapılan suçlar bakımından yazılı başvuru şartının gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir.

BankK ve SerK'da yazılı başvuru şeklinde ifade edilen bir muhakeme şartının düzenlendiğini ve bu şartın hangi suçların soruşturmasının ve kovuşturmasının yapılabilmesi için gerekli olduğunu belirttikten sonra, anılan hukuksal şartın niteliği tespit edilmelidir. Hemen belirtelim ki öğretide muhakeme şartlarının incelendiği pek çok eserde yazılı başvuru muhakeme şartına dair bir açıklama getirilmemiştir. Yazılı başvuru şartını diğer muhakeme şartları ile karşılaştırarak bir çözüme ulaşılması mümkündür. İlk olarak yazılı başvurunun **“Şikâyet”**¹¹ olarak kabul edilemeyeceğini belirtmek gerekir. Zira şikâyette bulunma hakkı suçtan zarar görene aittir. Şikâyet hakkı bağlamında ise suçtan zarar gören kavramının dar yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir¹². O halde değil dar anlamda, geniş anlamda dahi suçtan

⁹ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAĞSIZ, TEPE, *a.g.e.*, s. 138.

¹⁰ DURSUN, *Yeni Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri*, s.265.

¹¹ Şikâyet muhakeme şartına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için Bkz.: KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, *a.g.e.*, s. 74-81.; Kayıhan İÇEL, Füsün SOKULLU-AKINCI, İzzet ÖZGENÇ, Fatih Selami MAHMUTOĞLU, Yener ÜNVER, *İçel Suç Teorisi 2. Kitap*, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, Beta, 2000, s. 24-34.; Zekeriya YILMAZ, *Ceza Hukukumuzda Şikâyet*, Ankara, Adalet, 2010, b.a.

¹² ŞAHİN, *a.g.e.*, s. 62.; KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, *a.g.e.*, s. 78, Vahit BIÇAK, *Suç Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin, 2010, s.281.; ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA, KIRIT, ÖZAYDIN, ALAN AKCAN, ERDEN, *a.g.e.*, s. 54.; Mahmut KOCA, İlhan

zarar gören kavramı içinde değerlendirilemeyecek olan Kurum, Fon veya Kurul nedeniyle bu muhakeme şartını şikâyet olarak nitelendirmeye olanak yoktur^{13/14}. Aynı sonuca kimi suçların takibinin şikâyete bağlanmasının nedeni olarak ifade edilen açıklamalar ışığında da ulaşmak mümkündür¹⁵.

Yazılı başvuru neticesinde savcılık makamı iddianame düzenlemeye mecbur olmadığından bu şartın **“Talep”**¹⁶ olarak nitelendirilemeyeceği¹⁷ ve yine savcılık makamının girişimi de söz konusu olmadığından **“İzin”**¹⁸ veya **“Karar”** şartlarıyla da örtüşmediğini¹⁹ belirtmek gerekir.

ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, Seçkin, 2014, s. 357.

¹³ DURSUN, **Yeni Bankacılık Kanunu’nda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri**, s.264.

¹⁴ ERMAN’ın naklettiği bir kararda ise 70 sayılı KHK döneminde aranan Maliye Bakanlığı’nın yazılı başvuru şartı, bir nevi şikâyet olarak kabul edilmiş ve 6 aylık şikâyet süresi içinde yazılı başvuruda bulunulmaması nedeniyle açılan davanın düşmesine karar verilmiştir. Karar için Bkz.: Sahir ERMAN, **Ticari Ceza Hukuku C:V Bankacılık Suçları**, İstanbul, İ.Ü. Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Prof. Dr. Nazım Terzioğlu Basım Atölyesi, 1984, s. 330, dp. 2.

¹⁵ Takibi şikâyete bağlı suçların varlık nedenlerine ilişkin çeşitli açıklamalar mevcuttur. Bir görüşe göre şikâyet şartının sebebi; suçtan zarar görenleri ceza muhakemesinin muhtemel sakıncalarından korumaktır. Bkz.: KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, **a.g.e.**, s. 74. Bir başka görüş ise kamu otoritelerinin hafif derecedeki kimi suçlara, suçtan zarar görenlerin talebi olmaksızın müdahale etmemesi düşüncesine vurgu yapmıştır. Bkz.: Nur CENTEL, Hamide ZAFER: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Bası, İstanbul, Beta 2010, s.85. ÖZGENÇ ise her iki nedene de dikkat çekmiştir. Bkz.: İzzet ÖZGENÇ: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Ankara, Seçkin, 2010, s. 555. Suçun mağduru ile fail arasındaki yakınlık da yine bir suçun takibinin şikâyete bağlı tutulmasının nedeni olabilmektedir YILMAZ, **a.g.e.**, s. 6-8. Sonuç olarak Kurum, Fon veya Kurul için faillerle aralarında yakınlık olduğu, ceza muhakemesinden olumsuz etkilenebilecekleri, bankacılık ve sermaye piyasası suçlarının ayırım yapmadan bütün olarak basit niteliğe sahip suçlar oldukları söylenemez. Dolayısıyla yazılı başvurunun şikâyet olmadığına, şikâyete dair düzenlemelerin nedenlerinin incelenmesi suretiyle de ulaşabiliriz.

¹⁶ Talep muhakeme şartına ilişkin açıklamalar için Bkz.: ÖZGENÇ, **a.g.e.**, s.560.; KOCA, ÜZÜLMEZ, **a.g.e.**, s.361.; İÇEL, SOKULLU-AKINCI, ÖZGENÇ, MAHMUTOĞLU, ÜNVER, **a.g.e.**, s.38-39.; KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, **a.g.e.**, s.83.

¹⁷ DURSUN, **Yeni Bankacılık Kanunu’nda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri**, s.264.

¹⁸ İzin muhakeme şartına ilişkin açıklamalar için Bkz.: ÖZGENÇ, **a.g.e.**, s.558-560.; KOCA, ÜZÜLMEZ, **a.g.e.**, s.361.; İÇEL, SOKULLU-AKINCI, ÖZGENÇ, MAHMUTOĞLU, ÜNVER, **a.g.e.**, s.34-37.; KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, **a.g.e.**, s.84-86.

¹⁹ DURSUN, **Yeni Bankacılık Kanunu’nda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri**, s. 264.

Yazılı muhakeme şartı kimi yazarlarca “**Müracaat**” muhakeme şartı kapsamında mütalaa edilmektedir²⁰. Müracaat ise; devletin belirli makamlarının savcılık makamını iddianame düzenlemeye mecbur bırakmayacak şekilde yaptığı bildirim olarak tanımlanmıştır²¹. BankK ve SerK hükümleri değerlendirildiğinde;

• Kurum, Fon veya Kurul’un yazılı başvurusu neticesinde soruşturmaya başlayan savcılık makamı, soruşturma neticesinde iddianame düzenleyip kamu davasını açma girişiminde bulunmak zorunda değildir.

• Anılan kurumları, BİO vasıfları ve kamu tüzel kişiliğine de sahip olmaları sebepleriyle devletin belirli bir makamı olarak nitelendirebilmek mümkündür.

Yukarıdaki açıklamalar uyarınca yazılı başvuru muhakeme şartının müracaat niteliğinde olduğunu kabul etmek olanaklıdır²².

Yazılı başvuruyu müracaat olarak kabul etmenin sonuçları ise şu şekildedir: Kurum, Fon veya Kurul’un yazılı başvuru üzerine savcılık maddi gerçeği araştırarak ve fakat kamu davasının açılmasına gerek görmez ise iddianame düzenlemeyip kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilecektir (Talep muhakeme şartından farklılık arz eden özellik de budur.). Yazılı başvuru sebebiyle savcılık makamının bir girişiminin olmaması gerekmektedir. Bu nedenle savcılık, anılan kurumlardan önce suç oluşturabilecek vakadan haberdar olursa, bu kurumlara savcılığın yapacağı bildirim sadece bilgi verme niteliğindedir²³. Bu sebepledir ki, yazılı başvuruda bulunulmamasına ilişkin bir karar alınmasına gerek yoktur²⁴ (İzin/karar muhakeme şartından farklılık arz eden yönü budur.). Yazılı başvuruda bulunulması için söz gelimi şikâyetteki gibi 6 aylık bir süre yoktur ancak elbette dava zamanasını süresinin geçerli

²⁰ KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, a.g.e., s. 83.; BIÇAK, a.g.e., s.287.; DURSUN, **Yeni Bankacılık Kanunu’nda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri**, s. 264.; DURSUN, **Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, s. 149-150

²¹ KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, a.g.e., s. 83.

²² Yazılı başvuru muhakeme şartını müracaat kapsamında değerlendirilmemesi durumunda ise burada kendine özgü bir muhakeme şartının bulunduğunu kabul etmek en uygun değerlendirme olacaktır.

²³ REİSOĞLU, a.g.e., s. 1733.; 2499 sayılı Kanun’un 49. maddesinin 2. fıkrasında bu durum “*Bu Kanuna aykırı fiillerin işlendiğine dair bilgi edinen Cumhuriyet savcıları, Kurulu haberdar ederek durumun incelenmesini isteyebilirler.*” şeklinde açık bir biçimde ifade edilmiştir. Aynı yönde Bkz.: DURSUN, **Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, s. 147.

²⁴ REİSOĞLU, a.g.e., s. 1734.

olduğunu da belirtmek gerekir. Yine yazılı başvurudan feragat veya yazılı başvurunun geri alınması da mümkün değildir (Bu son sayılan iki özellik ile şikâyet muhakeme şartından olan farklılık ortaya çıkmaktadır).

İrdelenmesi gereken bir mesele de suç şüphesinin varlığı halinde Kurum, Fon veya Kurul'un mutlaka yazılı başvuruda bulunmak zorunda olup olmadıklarıdır. Belirtmek gerekir yazılı başvuru muhakeme şartının varlığı dahi böylesi bir zorunlulukla bağdaşmaz. Bu nedenle anılan kamu tüzel kişilerinin yazılı başvuruda bulunup bulunmama hususunda takdir yetkileri mevcuttur^{25/26}. Bahsedilen kamu tüzel kişilerin bu yetkilerini kullanıp yazılı başvuruda bulunmamaları durumunda bu kararın idari yargı yerlerinin denetiminde olduğunu kabul etmek gerekir²⁷. Ancak burada idare mahkemelerinin yerindelik denetimi yapmayıp, yalnızca idari işlemin unsurları bakımından hukuksal bir denetim yapmaları gerekmektedir.

Son olarak yazılı başvuru yapılması hakkında kararı kimin alacağını belirtmek gerekir. Konu öğretilerde tartışmalıdır²⁸. Kurum ve Fon'un karar ve yürütme organı olmak üzere iki organı olduğu belirtilmektedir²⁹. Bir hususu yürütmek için öncelikle bir kararın bulunması gerektiği izahtan varestedir. O halde yazılı başvuruda bulunma hususunda karar alındıktan sonra başkanlığın gereğini yaparak Cumhuriyet Başsavcılığına başvurması gerekir. Bu nedenle kanaatimizce yazılı başvuru yapılması yönünde karar organınca alınacak bir karara ihtiyaç bulunmaktadır³⁰.

²⁵ REİSOĞLU da aynı görüştedir. Ayrıca yazar her türlü suç şüphesi durumunda yazılı başvurunun yapılması şeklindeki bir kabulün maddenin amacına da aykırı sonuçlar vereceğini zira bu halde ihtisas kurumlarından gelen başvurular neticesinde savcıların kendilerini dava açma mecburiyetinde görmelerinin pek muhtemel olduğunu ve bu durumun da maddenin tam tersine her durumda soruşturma ve kamu davası anlamına geleceğini isabetle belirtmiştir. Bkz.: REİSOĞLU, *a.g.e.*, s. 1734.; ALICI da aynı görüşü savunmakta ve bu takdir yetkisi kullanılırken nesnel kıstaslara ve yasanın amacı ile kamu hizmetinin gereklerine göre hareket edilmesi gerektiğini isabetle belirtmektedir. Bkz.: ALICI, *a.g.e.*, s. 1295-1296.

²⁶ Sermaye piyasası bağlamında aynı tartışma, desteklediğimiz görüş doğrultusunda bir açıklama ve aksi yöndeki bir Yargıtay kararı için Bkz.: DURSUN, *Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar*, s. 148, dp. 433.

²⁷ Aksi yönde yani burada düzenleyici veya birel nitelikli bir idari işlem olmadığı görüş için Bkz.: ALICI, *a.g.e.*, s. 1295 ve dp. 1371.

²⁸ Bu konuya ilişkin olarak Bkz.: DURSUN, *Yeni Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri*, s. 265, dp.11.

²⁹ BDDK'nın karar organı Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu iken yürütme organı Başkanlık Teşkilatıdır. TMSF için ise karar organı Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Kurulu, yürütme organı ise yine Başkanlık Teşkilatıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: DURSUN, *Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*, s.159-161 ve 168-169.

³⁰ ALICI, Kurul kararına ihtiyaç olmadığını söylemekteyse de mevzuatın tartışmasını yaparak

2. VARSAYIMSAL ZİMMETE İLİŞKİN ÖZEL DÜZENLEME

BankK m. 160/3’de varsayımsal zimmet olarak ifade edilen bir çeşit zimmet suçu düzenlenmiştir^{31/32}. BankK m. 162’de ise bu suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmalar hakkında istisnai bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre varsayımsal zimmet suçu bakımından da kural olarak soruşturmaya yazılı başvuru üzerine başlanılacaktır. Bununla birlikte gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olması durumunda savcılık re’sen soruşturmayı başlatacak ancak Kurum ve Fon’u durumdan haberdar edecektir. Hemen varsayımsal zimmet suçunda da genel kuralların baki kaldığını, yani yazılı başvurunun muhakeme şartı olduğunu ve ancak re’sen soruşturmanın gecikmesinde sakınca bulunan hallerle sınırlı olmak üzere yapılabileceğini belirtmek gerekir³³. Bununla birlikte söz konusu düzenleme nedeniyle yanıtlanması gereken sorular bulunmaktadır.

İlk olarak Kurum ve Fon’a savcılık tarafından haber verileceği düzenlenmişken haber vermenin zamanına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. **Soruşturmaya başlanıldığı an** haber verilmesi gerektiği öğretide ileri sürülmüştür³⁴. Burada savcılık makamının değerlendirmesine bağlı olarak **“uygun olan ilk fırsatta”** haber verilmesi gerektiğinin kabulü kanaatimizce uygun olacaktır.

Bir diğer sorun ise savcılık tarafından re’sen soruşturmaya başlanılıp, akabinde Kurum ve Fon’a haber verildikten sonra Kurum ve Fon yazılı

bu konudaki kanaatini kesinliğini ortadan kaldırmaktadır. Bununla birlikte Fon bakımından Fon Kurulu’nun kararına ihtiyaç olmaksızın Fon Başkanı’nın yazılı başvuruda bulunabileceğini kesin bir dille belirtmektedir. Bkz.: ALICI, *a.g.e.*, s. 1294-1295.

³¹ **BankK Madde 160/3:** Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilir. Bu fiilleri işleyenler hakkında on yıldan yirmi yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca, meydana gelen zararın müteselsilen ödetirilmesine karar verilir.

³² 4389 sayılı Bankalar Kanunu m. 22/3 BankK m. 160/1, 2’; 4389 sayılı Bankalar Kanunu m. 22/4 ise BankK m. 160/3’e karşılık gelmektedir. Bankacılık zimmeti ile varsayımsal zimmet arasındaki farklılıklar açısından ise eski kanun dönemindeki maddeler üzerinden yapılan bir değerlendirme için bkz.: Fatih Selami Mahmutoğlu, “Bankalar Kanunu’nun 22/3 ile 22/4 Maddeleri Arasındaki Temel Farklar”, **Hukuk Perspektifleri Dergisi**, S:3, 2005, s. 232-238.

³³ DONAY, **Bankacılık Ceza Hukuku**, s. 122.

³⁴ DONAY, **Bankacılık Ceza Hukuku**, s.122.

başvuruda bulunmazsa veya bu konuda hiçbir şey yapmazlarsa nasıl hareket edilmesi gerektiğidir. Ayrıca soruşturmaya başlanıldığına dair bildirimim hem Kurum'a hem de Fon'a mı yapılacağı, yoksa birine yapılmasının yeterli mi olduğu da tartışmalıdır. Her ne kadar olası problemlerin önüne geçilmesi amacıyla Kurum veya Fon'dan birinin haberdar edilmesinin yeterli olacağı³⁵ ileri sürülmüş ise de hükümdeki "ve" bağlacı dolayısıyla hem Kurum'a hem de Fon'a haber verilmesi uygun olacaktır. Kaldı ki yazılı başvurunun İzin veya Karar muhakeme şartı niteliğinde olmadığını bir kez daha belirtmek gerekir. O halde Kurum'dan veya Fon'dan birinin yazılı başvurusunu yeterli kabul etmek gerekecektir. İçlerinden biri yazılı başvuruda bulunurken diğeri hareketsiz kalsa ve hatta yazılı başvuru yapmama yönünde karar alsa bile yazılı başvuru şartı gerçekleşmiş kabul edilmelidir. Çünkü İzinde olduğu gibi bir makamın olumlu kararına yazılı başvuruda ihtiyaç yoktur. Yazılı başvuruda bulunabilecek Kurum ve Fon'dan biri bu başvuruyu yaptığı takdirde başkaca bir koşul aranmaksızın muhakeme şartı gerçekleşmiştir; zira yazılı başvuru, savcılık tarafından Kurum'a veya Fon'a başvurularak soruşturma yapılması için olumlu yönde bir karar alınması anlamına gelmemektedir.

3. BANK M. 162/2'DE YER ALAN ÖZEL DÜZENLEME

BankK m. 162'nin ikinci fıkrası, saymış olduğu bazı suçların soruşturma usulüne ilişkin farklı bir hüküm içermektedir. Buna göre itibarın zedelenmesi, sırların açıklanması ve zimmet suçlarından dolayı ilgililerin dava hakkı ile CMK hükümleri saklı tutulmuştur. Bu hüküm uyarınca dava hakkının ve CMK hükümlerinin saklı tutulmasının anlamı tespit edilmelidir.

Öncelikle ifade edilmelidir ki BankK, CMK'dan daha sonra yürürlüğe girmiş olan bir kanundur. CMK'nın da ceza muhakemesi alanına ilişkin temel kanun olduğu gözetildiğinde kanun koyucunun sonraki düzenlemelerinde CMK hükümlerinden ayrılarak farklı düzenlemeler yapabilmesi olanaklı da olsa CMK'nın hükümlerine, temel yaklaşım tarzına aykırı düzenleme yapılması ise ilk önce hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesini zedeler niteliktedir. CMK'da ise Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'ndan (CMUK) farklı olarak Şahsi Dava kurumuna yer verilmemiştir. Bu nedenle BankK m. 162/2'deki ifadenin şahsi dava olarak anlaşılması mümkün değildir. Ancak yine de belirtelim ki kanun koyucunun kanun ihdas ederken terimleri daha özenli kullanması beklenirdi.

³⁵ DONAY, *Bankacılık Ceza Hukuku*, s.122-123.

Dava hakkı ibaresinin niteliğini tartışmak gerekmektedir. Bu konuda çeşitli görüşlerin yer aldığı belirtilmelidir³⁶. Dava hakkını şikâyet olarak kabul eden görüşe iştirak etmekteyiz^{37/38}. Zira özellikle bu suçlarda suçtan zarar görmenin daha yoğun bir şekilde göze çarptığına tanık olmaktadır. Şikâyet olarak kabul etmenin sonucu olarak 6 aylık süre şartı aranacak ve feragat/geri alma mümkün olacaktır. Ancak önemle belirtmeliyiz ki yazılı başvuru muhakeme şartı bertaraf olmamıştır. Bu nedenle ilgililer şikâyet haklarını kullanmasalar dahi yazılı başvuru nedeniyle soruşturmaya başlanması gerekmektedir³⁹. Bu nedenle de buradaki şikâyetin özellik arz eden bir şikâyet olduğu ileri sürülmüştür⁴⁰. İlgililerin kapsamına kimlerin girdiği de ayrıca tespit edilmelidir. Bankaların^{41/42} haricinde diğer suçtan zarar gören

³⁶ Görüşler için Bkz.: DURSUN, **Yeni Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri**, s. 266-267.

³⁷ DURSUN, **Yeni Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri**, s. 267.; ALICI, **a.g.e.**, s. 1296.

³⁸ REİSOĞLU ise dava hakkı ibaresinin başvuru ile aynı anlamda kullanıldığını ileri sürmektedir. Böylece ilgililer üç suç tipi bakımından ilgili kamu tüzel kişilerine başvuru imkânına sahip olacaklardır. Hemen bu görüşe katılmadığımızı belirtelim. Zira yukarıda yazılı başvurunun müracaat muhakeme şartı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve müracaatın ise devletin belirli organları tarafından yapıldığını ifade ettik. Burada bahsi geçen ilgililerin ise devletin yapılanmasıyla alakalı olmadıkları ortadadır. O halde yazılı başvuru şartının niteliğine ilişkin görüşümüz doğrultusunda yazarın anılan fikirlerine katılmaya olanak yoktur. Bkz.: REİSOĞLU, **a.g.e.**, s. 1742.

³⁹ ALICI, **a.g.e.**, s. 1296.

⁴⁰ DURSUN, **Yeni Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri**, s. 267.

⁴¹ Bir tüzel kişilik olan bankaların şikâyet hakkını nasıl kullanacağı hususunda Bkz.: Selman DURSUN, **Bankalar Kanunu'nda Yer Alan Suçlara İlişkin Usuli Hükümler ve Cezaların İnfazı**, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal TEKİNALP'E Armağan C:III**, İstanbul, Beta, 2003, s. 738, dp. 28.

⁴² DONAY; bu üç suçta anılan düzenlemenin banka dışı suçtan zarar görenler tarafından işletilebileceği kanaatindedir. Banka suçtan zarar gören konumundaysa soruşturma ancak yazılı başvuru üzerine başlayabilecektir. Zira yazara göre varsayımsal zimmet suçunun gecikmesinde sakınca bulunan halinde soruşturmaya savcı tarafından re'sen başlanması bu şekildeki yorumu zorunlu kılmaktadır. Çünkü varsayımsal zimmet suçuna dair soruşturmaya başladıktan sonra savcı durumu ilgili kamu tüzel kişisine bildirmelidir. Diğer zimmet suçlarında ise suçtan zarar görenin şikâyeti ile soruşturmaya başlamak her iki fıkra bakımından giderilemez bir çelişkiye vücut vereceği belirtilmiştir. Zikredilen görüşlere katılmamaktayız. Zira gecikmesinde sakınca bulunan hale göre bir düzenleme yapmak başka bir şey şikâyetle ilgili düzenleme yapmak ise başka bir şeydir. Ayrıca anılan görüş kanunun lafzıyla da uyumlu değildir. Son olarak BankK m. 162/2'de varsayımsal zimmet ile diğer bankacılık zimmeti suçları arasında bir ayırım da yapılmamıştır. Bu nedenle varsayımsal zimmete ilişkin muhakeme şartı meselesinin kanaatimizce üç boyutu vardır ki bunlar yazılı başvuru usulüne uyulması, gecikmesinde sakınca bulunan halde soruşturmaya başlama ve şikâyet üzerine soruşturmaya başlamadır. Açıklanan nedenlerle bankalar bakımından farklı

gerçek veya tüzel kişileri de bu kapsamda değerlendirmek gerekmektedir⁴³. Bu bağlamda banka birliklerinin (Türkiye Bankalar Birliği/Türkiye Katılım Bankaları Birliği) de ilgililer ibaresinin kapsamında olduğu ileri sürülmüştür⁴⁴.

B. KOVUŞTURMA DAVASI

Kovuşturma davası⁴⁵ yoluna gidebilme hakkına CMK m.173'e göre suçtan zarar görenler sahiptir. Buradaki düzenleme ile suçtan zarar gören olmayan Kurum veya Fon'a da bu hak tanınmıştır⁴⁶. Bankalar, suçtan zarar gören konumu dolayısıyla kovuşturma davası yoluna genel hükümler çerçevesinde de gidebileceklerdir. Tam bu noktada bankalar hangi suçlardan dolayı verilen takipsizlik kararlarına karşı kovuşturma davası yoluna gidebileceklerdir sorusu sorulmalıdır. Yalnızca ilgili bankaya şikâyet hakkı tanınan 162/2'de sayılan suçlardan dolayı mı yoksa kanun kapsamındaki diğer suçlar bakımından da mı bu yola gidilebileceği kabul edilmelidir? Kanaatimizce CMK m. 234/1-a-5 ve CMK m. 173 gereğince BankK m. 162 uyarınca başlatılan tüm soruşturmalarda kovuşturma davası yoluna gidilebilir. İlgili banka haricindeki ilgililer⁴⁷ de suçtan zarar gören (dar anlamda, doğrudan doğruya) sıfatını haizlerse, kovuşturma davası yoluna başvurabilirler.

II. KOVUŞTURMA EVRESİNE İLİŞKİN KURALLAR

A. DAVAYA KATILMA VE İDDİANAMENİN KURUMA VEYA FONA TEBLİĞİ

Davaya katılma CMK'nın 237 ila 243. maddelerinde düzenlenmiştir. Kısa bir şekilde katılma hakkında bilgi vermek gerekirse; katılma talebinde

bir değerlendirme yapmayı uygun görmüyoruz. Bkz.: DONAY, **Bankacılık Ceza Hukuku**, s. 124.

⁴³ Zimmet ve sırların açıklanması suçlarında müşterilerin de ilgililer kapsamında değerlendirilmesi gerektiği öğretilmiştir. Bkz.: ALICI, **a.g.e.**, s. 1296.

⁴⁴ REİSOĞLU, **a.g.e.**, s. 1741.

⁴⁵ KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU "Kovuşturma Davası" ifadesini kullanmaktadırlar. Biz de burada bilinçli bir tercih ile "Kovuşturma Davası" terimini kullandığımızı ifade etmek isteriz. Zira her ne kadar kanun metninde itiraz ibaresi kullanılmışsa da CMK m. 267'e göre itiraz kanun yoluna kural olarak hâkimlik kararlarına ve kanunda ayrıca gösterilen hallerde mahkeme kararlarına karşı gidilebilecektir. Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı ise savcılık makamının verdiği düşünüldüğünde buradaki imkânı itiraz olarak kabul etmek doğru olmayacaktır.

⁴⁶ ALICI, **a.g.e.**, s. 1297.

⁴⁷ Örneğin itibarın zedelenmesi suçunun 2. fıkrasında tanımlı neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halinde müşteri bakımından özel bir zarar ortaya çıktığında müşteri de genel hükümler uyarınca kovuşturma davası yoluna gidebilecektir.

bulunabilecekler suçtan zarar görenler, mağdurlar ve malen sorumlu kişilerdir. Katılma, bu hususa dair mahkemeye dilekçe verilmesi veya katılma istemini içeren sözlü başvurunun duruşma tutanağına geçirilmesi suretiyle gerçekleşir. Duruşma esnasında şikâyeti belirten ifade üzerine katılma talebi sorulur. Cumhuriyet Savcısının ve müdafinin de görüşü alındıktan sonra katılma talebi mahkemece karara bağlanır⁴⁸.

BankK ve SerK'daki düzenlemelerin ise yukarıda açıklanan CMK hükümlerinden ayrıldığı görülmektedir. İlk olarak BankK'daki düzenlemeye değinmek gerekirse; BankK m. 162/1,c.son Kurum veya Fon başvuruda bulunması halinde bunların başvuru tarihinde katılan sıfatını kazanacakları düzenlenmiştir. Görülmektedir ki, CMK hükümlerinden farklı olarak katılma hususunda mahkemece bir karar verilmesi aranmamaktadır. Ayrıca Kurum veya Fon'u suçtan zarar gören, mağdur veya malen sorumlu kişiler arasında değerlendirmeye de olanak olmadığından, Kurum ve Fon'un BankK'daki özel düzenleme olmasaydı kamu davasına katılamayacaklarını da belirtmek gerekir⁴⁹. Son olarak ifade edelim ki öğretide Kurum veya Fon'un başvurusu neticesinde kamu davası açılırsa, bu kurumların doğrudan katılan sıfatını kazandıkları, ayrıca bu hususta bir başvurunun gerekmediği ifade edilmiştir⁵⁰. Ancak Kanun'un lafzından bu sonuç çıkmamaktadır. Özellikle madde metnindeki "*Kurumun veya Fonun başvuruda bulunması hâlinde, bunlar başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanırlar.*" ifadesi yorumumuzu destekler niteliktedir. Zira Kurum veya Fon'un yazılı başvurusu olmaksızın soruşturmaya başlanması mümkün değildir. O halde katılmaya ilişkin cümlede başvurudan bahsedilmesi bu yoruma göre anlamsız hale gelmektedir. Kaldı ki aşağıda incelenecek SerK'daki hüküm farklı bir düzenleme öngörmektedir ve kanun

⁴⁸ Kamu davasına katılma hakkında Bkz.: ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA, KIRIT, ÖZAYDIN, ALAN AKCAN, ERDEN, *a.g.e.*, s. 234-241.

⁴⁹ Kamu davasına katılma hususunda suçtan zarar gören kavramı dar veya geniş yorumlanmaktadır. Suçtan zarar gören kavramı dar yorumlandığında davaya katılma hakkına sahip olan kişi, suç ile korunan hukuksal yararı ihlal edilen kişidir. Geniş anlamda suçtan zarar gören kişinin ise işlenen suç ile haklı bir çıkarı zedelenmiş olup bu kişi kamu davasına katılarak tatmin ihtiyacını giderecektir. Bkz.: ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA, KIRIT, ÖZAYDIN, ALAN AKCAN, ERDEN, *a.g.e.*, s. 235-236. Kanaatimizce Kurum, Fon veya Kurul bu tanımlar ışığında dar veya geniş anlamda suçtan zarar gören olarak mütalaa edilemezler. Yine de eğer kamu davasına katılmaya yönelik özel düzenlemeler olmasa idi yargı uygulaması ile suçtan zarar gören kavramı geniş yorumlanarak anılan kamu tüzel kişilerinin davaya katılmasının sağlanması yoluna gidilebilirdi. Hukuksal kavramları zorlamamak adına ve bu kamu tüzel kişilerinin uzmanlıkları ve davaya katılmalarının maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında yarar sağlayabileceği de düşünüldüğünde BankK ve SerK'da kamu davasına katılmaya ilişkin hükümlerin yer almasının yararlı olduğu kanaatindeyiz.

⁵⁰ DONAY, *Bankacılık Ceza Hukuku*, s. 123.; ALICI, *a.g.e.*, s. 1297.

koyucu anılan yorum uyarınca bir iradeye sahip olsa idi, konuyu SerK'daki gibi ifade etmesi beklenirdi. **O halde Kurum veya Fon'un katılan olabilmesi için mahkeme kararına gerek yoktur ve fakat bu hususa ilişkin olarak bir başvurunun olması gerekmektedir.**

SerK m. 115/2 de davaya katılma müessesesini düzenlemektedir. Buna göre iddianamenin kabulü ile kamu davası açılması anında Kurul da herhangi bir başvuru yapmaksızın katılan sıfatını kazanır. Böylece mahkeme kararı aranmaksızın Kurul katılan sıfatını kazanacaktır. Bu düzenlemede, BankK'daki düzenlemeden de farklı olarak katılma hususunda Kurul'un başvuru yapması dahi aranmamıştır. Ancak belirtelim ki BankK'daki hüküm daha yerindedir. Zira Kurul'un başvurusu muhakeme şartı niteliğindedir ve fonksiyonu da soruşturmanın başlatılmasına olanak tanınmasıdır⁵¹. Bu hususta BankK'da olduğu gibi katılmaya ilişkin bir başvurunun aranması yerinde olurdu⁵².

BankK m. 163/2'ye göre kamu davası açılması hâlinde, iddianamenin bir örneği ilgisine göre Kuruma veya Fona tebliğ edilecektir. Keza SerK m. 115/2 de aynı hükmü ihtiva etmektedir.

B. YETKİYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1. MADDE BAKIMINDAN YETKİYE İLİŞKİN DÜZENLEME

BankK m. 164'te "Özel Görev" başlığı altında yetkiye ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. İlk planda belirtilmelidir ki, bu madde ile yapılan düzenleme sadece maddede sayılan suçlara özgüdür. Bu nedenle maddede sayılmayan suçlar bakımından genel hükümler [CMK'nın madde ve yer bakımından yetkiye ilişkin hükümleri ile 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun (Teşkilat Kanunu)] geçerli olacaktır. Aşağıdaki açıklamalarımız bu nedenle BankK m. 164'te sayılan suçlara ilişkindir.

BankK m. 164'te belirtilen suçlar, Ağır Ceza Mahkemelerinin görev alanına sokulmuştur. Bu suçlar veya davalar ise şu şekildedir:

⁵¹ Aksi görüş için Bkz.: DONAY, **Bankacılık Ceza Hukuku**, s. 123.; PARLAR, AKIN, HATİ-POĞLU, **a.g.e.**, s. 375.

⁵² 2499 sayılı Kanun'un 49. maddesinin ilk fıkrası da aynı düzenlemeyi içermekte idi. Bu düzenleme öğretilde eleştirilmiştir. Bkz.: DURSUN, **Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, s. 150.

- BankK 'da tanımlanan aşağıdaki suçlar;
 - Düzeltici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemleri almamak,
 - İşlemleri kayıt dışı bırakma,
 - Gerçeğe aykırı muhasebeleştirme,
 - Zimmet suçları,
 - Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme,
 - Bankacılık ve müşteri sırlarının açıklanması,
- Bankacılık faaliyeti çerçevesinde işlenen nitelikli dolandırıcılık;
- Bu suçların işlenmesi amacıyla yönelik olarak örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak;
- Bu suçlarla bağlantılı olup da ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlara ait davalar;

Teşkilat Kanunu m. 12, Ağır Ceza Mahkemelerinin madde itibariyle yetkisini düzenlemektedir. BankK 'da tanımlanan ve maddede sayılan suçlar incelendiğinde, (zimmet suçları öngördükleri hapis cezası nedeniyle, nitelikli dolandırıcılık ise Teşkilat Kanunu m. 12 uyarınca Ağır Ceza Mahkemelerinin görev alanındadır dolayısıyla bu cümle zimmet suçları ve nitelikli dolandırıcılık suçu haricindeki suçlar bakımından geçerlidir) Teşkilat Kanunu m. 12 uyarınca Ağır Ceza Mahkemelerinin görev alanına girmedikleri görülmektedir. Bu özel düzenleme ile maddede belirtilen suçlar, Ağır Ceza Mahkemelerinin görev alanına dâhil edilmiştir. Bu suçların işlenmesi amacıyla yönelik olarak örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları da yine Ağır Ceza Mahkemelerinin madde itibariyle yetkisi alanına bırakılmışlardır. Örgüt kurma, yönetme ve üye olma suçlarının, ceza miktarları itibariyle genel hükümler uyarınca Asliye Ceza Mahkemelerinin görev alanında kaldıklarını belirtmek gerekir. Bu suçlarla bağlantılı olup da ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlara ait davalara da yine Ağır Ceza Mahkemeleri bakacaktır. Örneğin yukarıda anılan suçlarla birlikte kamu görevlisi tarafından işlenen resmi belgede sahtecilik suçunun işlenmesi durumunda görevli mahkeme olarak Ağır Ceza Mahkemeleri kabul edilmelidir. Bağlantı kavramı bakımından ise CMK m. 8-11 hükümleri göz önünde tutulmalıdır.

SerK m. 116, sermaye piyasası suçlarına ilişkin davalarda görevi düzenleyen maddedir. Bu maddeye göre SerK Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlara Asliye Ceza Mahkemeleri bakacaktır.

2. GÖREV BAKIMINDAN YETKİYE İLİŞKİN DÜZENLEME

Teşkilat Kanunu m. 9'a göre iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde ceza mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir ve bu daireler numaralandırılır. Özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde ihtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak daireler arasındaki iş dağılımı, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) tarafından belirlenebilir. Öğretide mahkemeler arasındaki iş dağılımı “Görev İtibariyle Yetki” kavramıyla açıklanmaktadır⁵³.

Teşkilat Kanunu özel kanunlarda bir belirleme yok ise iş dağılımının HSYK tarafından yapılacağını belirtmiştir. BankK m. 164 ise özel olarak görev itibariyle yetkiye ilişkin düzenleme getirmiş ve 1 numaralı Ağır Ceza Mahkemelerini bu maddede sayılan suçlar bakımından görevli addetmiştir. Ancak gerekli görülen yerlerde Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu tür suçlara bakmak üzere o yerlerdeki diğer ağır ceza mahkemeleri de görevlendirilebilecek veya yeni ağır ceza mahkemesi de kurulabilecektir. Bu halde 1 numaralı Ağır Ceza Mahkemelerinin yetkisinin de devam edeceği sonucuna madde metnindeki “de” bağlacı nedeniyle ulaşılmaktadır.

Belirtilmelidir ki HSYK'nın 08.12.2005 tarihli ve 861 sayılı kararı ile Bankacılık Kanunu'ndan kaynaklı davalar bakımından madde itibariyle hangi mahkemelerin görevli olacağı hususu belirlenmiştir. Karar, 29.12.2005 tarihli ve 26038 sayılı Resmi Gazete' de yayınlanmış olup Bankacılık Kanunu'ndan kaynaklı suçlara İstanbul'da 8. Ağır Ceza Mahkemesi, diğer illerde ise 2

⁵³ Görev bakımından yetki öğretide muhakemenin hangi aşamasında hangi hâkimin ne gibi bir görevi yapacağını belirleyen kurallar olarak ifade edilmiştir. Madde ve yer itibariyle yetki kurallarının haricindeki kuralların görev itibariyle yetki kuralları olduğu belirtilmiştir. Böylelikle hâkimler arasında iş bölümünün sağlandığı ve bu durumun uzmanlaşmayı beraberinde getirdiği vurgulanmıştır. Bkz.: ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA, KIRIT, ÖZAYDIN, ALAN AKCAN, ERDEN, a.g.e., s. 214-215.; ŞAHİN, a.g.e., s. 111-112.

numaralı Ağır Ceza Mahkemesinin bakacağı karara bağlanmıştır.^{54/55/56/57}.

BankK m. 164'te sayılan suçların haricindeki bankacılık suçları bakımından Asliye Ceza Mahkemelerinin yetkili olacağı belirtilmiştir. Olması gereken hukuk bakımından bu suçlar bağlamında da bir Asliye Ceza Mahkemesi'nin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirilmesinin yerinde olacağı savunulabilir.

⁵⁴ Karar metni şu şekildedir:” Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanlığından:

Karar Tarihi : 8.12.2005

Karar No : 861

“5411 sayılı Bankacılık Kanununun 164. maddesi gereğince, bu Kanundan kaynaklanan davalara bakacak mahkemelerin tespiti konusunda yapılan değerlendirme sonucunda; Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 29.12.2003 gün ve 610 sayılı, 15.1.2004 gün ve 2 sayılı kararları ile 4389 sayılı Kanun yürürlükte iken belirlenen mahkemelerin 5411 sayılı Bankacılık Kanununun geçici 1 inci maddesi gereğince bu Kanundan doğan davalara bakmaya devam etmelerine.

İstanbul Ağır Ceza Mahkemelerinde görülmekte olan davaların nitelik ve sayı itibarıyla ağır olması, 1 nolu ağır ceza mahkemesinde 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunundan kaynaklanan davalara bakıldığından, iş yükünün daha da ağırlaşacak olması nedeniyle,

I - İstanbul için;

a - 5411 sayılı Bankacılık Kanunundan kaynaklanan davaların bu güne kadar olduğu gibi 8. ağır ceza mahkemesinde görülmesine,

b - İstanbul 8. Ağır Ceza Mahkemesine bankacılık suçları dışında tevziden dosya verilmemesine,

II - İstanbul dışında birden fazla ağır ceza mahkemesi olan yerler için,

a - 5411 sayılı Bankacılık Kanunundan kaynaklanan davaların yine bu güne kadar olduğu gibi 2. ağır ceza mahkemesinde görülmesine,

b - 2. ağır ceza mahkemesine gelen bankacılık suçlarına ilişkin dosya sayısının, genel tevziden alması gereken dosya sayısından düşülmesine,”

Karar verilmiştir.”

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/12/20051229.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/12/20051229.htm>.

⁵⁵ Yukarıda belirtilen ve metni verilen HSYK karar halen geçerliliğini korumaktadır. HSYK'nın 12.02.2015 tarih ve 224 sayılı kararından yukarıdaki 861 sayılı kararın geçerliliğini koruduğu anlaşılmaktadır. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/02/20150217-3.pdf>.

⁵⁶ DONAY, BankK m. 164 metnindeki “de” bağlacı ve bu madde uyarınca görevli mahkemelerin belirlenmesi hususunda ayrıntılı açıklamalarda bulunmuştur. Özellikle yazar bir davada İstanbul 8. Ağır Ceza Mahkemesi'nin heyet olarak reddedilmesi ve bu mahkemenin ret ile görevini yerine getiremeyecek durumda olması ihtimalini değerlendirmiştir. (Pek tabiidir ki aynı ihtimali İstanbul dışındaki iller için 2. Ağır Ceza Mahkemeleri nezdinde de düşünebiliriz.) Yazar, İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevinin yasa kaynaklı olduğunu ve HSYK Kararı ile sona ermediğini belirtip davaya İstanbul 8. Ağır Ceza Mahkemesi'nin heyet olarak reddedilmesi ve bu mahkemenin ret ile görevini yerine getiremeyecek durumda olması ihtimalinde anılan mahkemenin bakması gerektiği görüşündedir. BankK m. 164'ün açık hükmü, HSYK'nın kanunlara aykırı karar alamaması, nedenleriyle yazarın görüşüne katıldığımızı belirtmek isteriz. DONAY, **Bankacılık Ceza Hukuku**, s. 127-129.

⁵⁷ Belirttiğimiz HSYK kararlarına yer veren ve görev uyumsuzlukları hakkındaki yargı kararları için Bkz.: PARLAR, AKIN, HATİPOĞLU, **a.g.e.**, s. 394-407.

SerK m. 116'ya göre bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yargılama yapmaya Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ihtisas mahkemesi olarak görevlendireceği asliye ceza mahkemeleri yetkilidir. Kuşkusuz ki bu düzenlemenin de yukarıda BankK 'ya ilişkin açıklamalarda belirtildiği gibi görev itibariyle yetkiye ilişkin olduğu açıktır. SerK kapsamında kalan kamu davaları konusunda;

1- Bir asliye ceza mahkemesi olan yerlerde bu mahkemenin,

2- İki asliye ceza mahkemesi olan yerlerde ikinci asliye ceza mahkemesinin,

3- İki'den fazla asliye ceza mahkemesi olan yerlerde üçüncü asliye ceza mahkemesinin,

Bu Kanun kapsamında bulunan suçlarla ilgili davalara bakacağı HSYK Birinci Dairesinin 09.05.2013 tarihli ve 864 sayılı kararı ile tespit edilmiştir⁵⁸.

3. YER BAKIMINDAN YETKİYE İLİŞKİN DÜZENLEME

BankK m. 164'te sayılan suçlar bakımından yetkili mahkeme fiilin işlendiği yerin bağlı bulunduğu ilin adıyla anılan yer mahkemesidir. CMK'daki yer yönünden yetkiye ilişkin düzenlemelere bakıldığında yetkili mahkeme olarak fiilin işlendiği yer mahkemesinin gösterildiği görülmektedir. BankK m. 164 ile 4389 sayılı Kanun'a nazaran⁵⁹ genel hükümler ile daha uyumlu bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Ancak bu düzenlemenin genel hükümler ile tamamen aynı olduğu da söylenemeyecektir. Şöyle ki; dikkat edilirse yetkili mahkeme olarak BankK m. 164'te fiilin işlendiği yerin bağlı bulunduğu ilin adıyla anılan ağır ceza mahkemesi yetkili kılınmış olup fiilin işlendiği yer mahkemesi yetkili kılınmamıştır. Özellikle farklılık, ilçelerde Ağır Ceza Mahkemesi bulunması durumunda ortaya çıkmaktadır⁶⁰. Örneğin Alaşehir Manisa'ya bağlı bir ilçedir ve hem Alaşehir'de hem de Manisa'da Ağır Ceza Mahkemesi bulunmaktadır. Alaşehir'de BankK m. 164'te tanımlı suçlardan birinin işlendiğini varsayalım. Bu halde BankK m. 164'te sayılan suçlar bakımından yetkili mahkeme, fiilin işlendiği yerin (yani Alaşehir'in)

⁵⁸ Görev itibariyle yetkiye ilişkin yukarıda zikretmiş olduğumuz bilgileri HSYK'dan Bilgi Edinme Kanunu çerçevesinde yapmış olduğumuz başvuru neticesinde ulaşılmış bulunmaktayız.

⁵⁹ Zira bu Kanun'da yer bakımından yetkili mahkeme olarak banka merkezinin bulunduğu yer mahkemesi belirlenmişti. Bkz.: DURSUN, **Bankalar Kanunu'nda Yer Alan Suçlara İlişkin Usuli Hükümler ve Cezaların İnfazı**, s. 742.

⁶⁰ Adli mahkemelerin teşkilatlanması hakkında Bkz.: <http://www.hsyk.gov.tr/adliteskilat/adli.pdf>.

bağlı bulunduğu ilin (yani Manisa'nın) adıyla anılan Ağır Ceza Mahkemesi olacaktır (yani Manisa Ağır Ceza Mahkemesidir). Görülmektedir ki, ilçede Ağır Ceza Mahkemesi bulunması durumunda genel hükümler uyarınca fiilin işlendiği yer olmasına rağmen o ilçedeki Ağır Ceza Mahkemesi davaya bakmayacak, ilçenin bağlı bulunduğu ilin Ağır Ceza Mahkemesi davaya bakacaktır⁶¹.

BankK m. 164'te sayılanlar haricindeki bankacılık suçlarında ve sermaye piyasası suçlarında ise genel hükümler geçerli olup yetkili mahkeme suçun işlendiği yer mahkemesidir.

C. BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

BankK'nın uygulaması ile ilgili olarak, bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen suçlardan dolayı açılan ceza davalarında ve Kurum, Fon, Fon bankaları ile bankaların iflas idareleri tarafından açılan hukuk davalarında bilirkişiliğe ilişkin genel hükümlere nazaran farklı düzenlemelere BankK m. 165'te yer verilmiştir. Burada yalnızca ceza davalarına ilişkin açıklamalarda bulunacağımızı ancak ikinci fıkranın da ilk fıkraya koşut şekilde düzenlendiğini ve açıklamalarımızın sadece genel hükümlere nazaran farklılık arz eden hususlar noktasında olacağını belirtmek isteriz.

Bilirkişiliğe ilişkin özel düzenlemeler maddede belirtildiği üzere yalnızca BankK'da belirtilen değil, diğer kanunlarda düzenlenmiş bankacılık suçları hakkında da uygulanacaktır. Ancak bu durum için BankK'nın uygulanması ile ilgili bir davanın olması gerekmektedir⁶².

BankK m. 164 hükmüne göre bilirkişi raporunu dosyanın kendisine tevdi edildiği tarihten itibaren 3 ay içinde vermelidir. Ancak bu süre mahkeme tarafından 2 aya kadar uzatılabilir. Hemen belirtelim ki CMK m. 66/1 hükmüne göre ise ek süre 3 ay olarak kabul edilmiştir. Ek süre bakımından BankK ile genel hükümlerin farklılık arz ettiği görülmektedir.

⁶¹ Bu halde suçun işlendiği yer Cumhuriyet Başsavcılığı gerekli işlemleri yapacak, delilleri toplayacak ve fakat iddianame düzenleyemeyecektir. Çünkü savcılarının yer bakımından yetkileri, mahkemeler hakkındaki kurallara tabidir. Zira CMK m. 161/1'e göre savcılarının nezdinde görev yaptığı mahkemenin yargı çevresi dışında bir işlem yapma ihtiyacı kurala bağlanarak dolaylı olarak savcılarının nezdinde görev yaptığı mahkemelerin yetki sahasında yer bakımından yetkili oldukları belirtilmiştir. Bkz.: ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA, KIRIT, ÖZAYDIN, ALAN AKCAN, ERDEN, a.g.e., s. 225.; ŞAHİN, a.g.e., s. 130. Bu nedenle suçun işlendiği yer Cumhuriyet Başsavcılığı elindeki bilgi ve belgeleri "Fezleke" olarak suçun işlendiği yerin bağlı olduğu il Cumhuriyet Başsavcılığına gönderecek ve bu Başsavcılık kamu davasının açılması amacıyla iddianame düzenleyecektir.

⁶² DONAY, *Bankacılık Ceza Hukuku*, s. 139.

Bilirkişi belirtilen sürelerle uymazsa ücret ödenmeksizin dosya kendisinden alınacak ve 1 yıl süreyle Bankacılık Kanunu kapsamındaki hiçbir davada (sadece ceza davaları değil tüm davalarda) bilirkişilik yapamayacaktır. Ayrıca kendisinin sebep olduğu masraflar tahsil edilecek ve 500 güne kadar da adli para cezasına çarptırılacaktır. Dikkat edilmelidir ki burada disiplin cezası öngörülmeyp adli para cezası yaptırım olarak belirlenmiştir. Adli para cezasına ise aynı mahkemenin karar vereceği belirtilmiş ve adli para cezası yerine idari para cezası öngörmenin daha yerinde olacağı ileri sürülmüştür⁶³. CMK hükümleri incelendiğinde ise belirlenen sürede raporunu vermeyen bilirkişi hemen değiştirilecektir. Süresinde raporunu vermeyen bilirkişi CMK m. 64'te belirtilen bilirkişi listesinden çıkarılabilecek, gecikme dolayısıyla uğranılan zararları ödemesine de karar verilebilecektir. Ancak 1 yıllık yasak ve adli para cezasına ilişkin bir düzenleme CMK'da yer almamaktadır.

Son olarak belirtelim ki dosyanın bilirkişiye tevdi tarihinde⁶⁴ dava zamanaşımı süresinin duracağı BankK m. 165/1'de hükme bağlanmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun dava zamanaşımını düzenleyen maddesinde durma sebepleri arasında bilirkişiye dosyanın tevdi edilmesi halinin sayılmadığını ifade etmek isteriz.

III. VARSAYIMSAL ZİMMET SUÇUNA İLİŞKİN ÖZEL SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA KURALLARI

Burada inceleyeceğimiz kuralların sadece varsayımsal zimmet suçuna özgü olduğuna dikkat çekmek isteriz. BankK'da yer alan diğer suçlar ve varsayımsal zimmet haricindeki diğer zimmet suçları hakkında BankK m. 166 hükmünün tatbik edilemeyecektir.

A. SORUŞTURMAYA BAŞLAMA VE SORUŞTURMAYI YÜRÜTME

CMK m.160/2 düzenlemesine göre savcıların soruşturmaları, emirlerindeki adli kolluk marifetiyle de yürütülebileceği düzenlenmişken, burada savcının soruşturmayı bizzat yürütmesi esası benimsenmiştir. Yine CMK m. 161 Cumhuriyet Savcısı'nın doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri ile her türlü araştırmayı yapabileceği düzenlemiştir. BankK m. 166/a uyarınca ise Cumhuriyet Savcıları soruşturmaları bizzat yürüteceklerdir. Savcılar soruşturmayı kolluğun sevk ve idaresine bırakamayacaklardır.

⁶³ DONAY, **Bankacılık Ceza Hukuku**, s. 140.

⁶⁴ Tevdii ifadesinden dosyanın bilfiil bilirkişiye teslim edildiği tarihin anlaşılması gerektiği, bilirkişi görevlendirme kararının tevdi anlamına gelmeyeceği öğretide ifade edilmiştir ki biz de bu düşüncededeyiz. Bkz.: DONAY, **Bankacılık Ceza Hukuku**, s. 140-141.

Suçun fail veya şerikleri memur ya da diğer kamu görevlisi olması durumunda 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacak, Savcılık doğrudan soruşturma yürütebilecektir^{65/66}.

Soruşturma gerekli kılırsa, suç yerine veya delillerin bulunduğu yere gidilerek soruşturma yapılacaktır. CMK m. 161/1 c. son'a göre ise Cumhuriyet Savcısı, adli görevi gereğince nezdinde görev yaptığı mahkemenin yargı çevresi dışında bir işlem yapmak ihtiyacı ortaya çıkınca, bu hususta o yer Cumhuriyet Savcısından söz konusu işlemi yapmasını istemelidir.

B. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KORUMA TEDBİRİNE BAŞVURULMASI

BankK m. 166/b fıkrası uyarınca varsayımsal zimmet suçuna ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda CMK m. 135 ila 138. maddeleri dolayısıyla telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri tatbik edilebilecektir. 4389 sayılı Kanun'un 22/3 maddesi,⁶⁷ Bankacılık Kanunu'nun 160/1, 2; 4389 sayılı Kanun'un 22/4⁶⁸ maddesi ise, Bankacılık Kanunu'nun

⁶⁵ BankK m. 104 ve 127 Kurum ve Fon üyelerinin cezai sorumluluklarına ilişkin olup görev suçları hususunda izin alınması gerektiği düzenlenmiştir. BankK m. 166/a uyarınca varsayımsal zimmet suçuna ilişkin soruşturmaya başlayabilmek için izin şartı aranmayacaktır.

⁶⁶ Varsayımsal zimmet suçunda failin ortak vasfına sahip olduğu, dolayısıyla bu kişi bakımından suçun görevden dolayı veya görev sırasında işlenmesinin mümkün olmadığı, buradaki ifadenin suça iştirak eden ve takip edilebilmeleri izne tabi şerikleri ilgilendirdiği hakkında Bkz.: ALICI, a.g.e., s. 1306.

⁶⁷ **4389 sayılı Bankalar Kanunu m. 22/3:** Banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları, denetim veya sorumlulukları altında bulunan bankaya ait para veya sair varlıkları zimmetlerine geçirirlerse altı yıldan on iki yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler. Bu fıkra gösterilen suç, bankayı aldatacak ve fiilin açığa çıkmamasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenmişse faile on iki yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis ve meydana gelen zararın üç katı kadar ağır para cezası verilir. Ayrıca, meydana gelen zararın ödenmemesi halinde mahkemece re'sen ödettilmesine hükmolunur. Zararın kovuşturma yapılmadan önce tamamıyla ödenmiş olması halinde cezaların yarısı, ödeme hükümden önce gerçekleştirilmiş ise üçte bir oranında indirilir.

⁶⁸ **4389 sayılı Bankalar Kanunu m. 22/4:** Fon alacaklarından; temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri Kurul tarafından kaldırılan bankalar ile tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen veya Fon tarafından tasfiye işlemleri başlatılan bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulunduran yönetici olsun veya olmasın gerçek kişi ortakların 15/a maddesinde sayılan fiiller sonucu bankanın kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmakla bankayı her ne suretle olursa olsun zarara

160/3. maddesine karşılık gelmektedir. CMK m. 135/8-c hükmünde; “*Bankalar Kanunu’nun 22 nci maddesinin 3 ve 4 numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu*” telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği katalog suçlar arasında sayılmıştır. Bankacılık Kanunu m. 169 uyarınca ise 4389 sayılı Bankalar Kanunu’na yapılan atıflar bu Kanunun ilgili maddelerine yapılmış sayılmaktadır. Bununla birlikte Bankacılık Kanunu m. 166 ile telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin yalnızca 160/3’te tanımlı suça ilişkin uygulanabileceği belirtilmiştir. Belirttiğimiz düzenlemeler ışığında çözülmesi gereken problem ise şu şekildedir⁶⁹:

• Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine CMK m. 135/8-c ve Bankacılık Kanunu m. 169 hükümleri uyarınca Bankacılık Kanunu m. 160/1, 2’de tanımlı suçlara ilişkin soruşturmalarda da başvurulabilecek midir? Yoksa söz konusu koruma tedbirine Bankacılık Kanunu m. 166 hükmü çerçevesinde yalnızca BankK m. 160/3 çerçevesinde yürütülen soruşturmalarda mı başvurulabilecektir?

Soruya yanıt aramaya başlarken hareket noktamızın, kanunlar arasındaki ihtilafları çözerken başvurduğumuz yorum metotları olması gerektiği belirtmek gerekir. BankK’nın yürürlüğe girdiği tarihi, Kanun’un 170. maddesi düzenlemiştir. Buna göre yürürlük tarihi şu şekildedir:

“Bu Kanunun; 90 ve 91 inci maddeleri bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren iki ay içinde, 168 inci maddesinin (B), (C), (D) ve (E) fıkraları 1.1.2006 tarihinde, diğer maddeleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer.”

Yukarıdaki düzenleme uyarınca görülmektedir ki konumuz bakımından önem arz eden BankK 160,166 ve 169. maddeler Kanun’un yayımı tarihinde yani 01.11.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Konumuzu oluşturan CMK m. 135/8-c bendi ise henüz CMK yasalaşmadan 25.5.2005 tarihinde 5353 sayılı Kanun’un 17. maddesi ile CMK m. 135’e eklenmiştir. CMK ise yürürlük maddesi olan 334. maddesi gereğince 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. O halde BankK’nın CMK’ya nazaran “**Sonraki Kanun**” vasfına sahip olduğu görülmektedir.

uğratarak kendilerinin veya başkalarının malvarlığının artışına neden olmaları zimmet olarak kabul edilir. Bu fiilleri işleyenler hakkında on yıldan yirmi yıla kadar ağır hapis ve yirmi milyar liradan seksen milyar liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur. Ayrıca, meydana gelen zararın Hazine alacağı olarak müteselsilen ödenmesine karar verilir.

⁶⁹ ALICI, Bankacılık Kanunu’ndaki hükmü gereksiz bir tekrar olarak kabul etmekte ve zimmet suçlarında incelediğimiz koruma tedbirinin uygulanabileceğini belirtmektedir. ALICI, **a.g.e.**, s. 1307. Hemen ifade edelim ki aşağıda ayrıntısıyla açıklayacağımız sebeplerden ötürü bu görüşe katılmamaktayız.

Yukarıda belirtilen düzenlemelerin kronolojik sıralaması dikkate alındığında karşımıza çıkan tablo şu şekildedir: İlk olarak CMK m. 135/8-c, 4389 sayılı Kanun'un 22/3, 4 fıkralarında tanımlı zimmet suçlarını kataloga dâhil etmiştir. Bu maddelerin BankK'daki karşılıkları 160. maddenin 1, 2 ve 3. fıkralarıdır. Kanun koyucu 5 ay sonra yürürlüğe giren yeni bir düzenleme ile yalnızca BankK m. 160/3 hükmünde tanımlı suça ilişkin özel bir soruşturma ve kovuşturma maddesi ihdas etmiş, bu maddede telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirini de düzenlenmiştir. BankK m. 160/1, 2'de tanımlı suçların -4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 22/3 maddesinde tanımlı suçlar- soruşturma ve kovuşturmalarına ilişkin ise ayrıksı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Son olarak belirtelim ki BankK'nın CMK'ya nazaran "**Özel Kanun**" niteliğine sahip olduğu hususunda da tereddüt yoktur.

Zikrettiğimiz kanun maddeleri, kanunlaşma süreçlerinin kronolojik safahatı ve kanunların ihtilafı durumunda çözüm için başvurulacak yorum metotları birlikte değerlendirildiğinde tarafımızca ulaşılan sonuç şu şekildedir: Değerlendirmede bulunurken BankK'nın **Özel Kanun** ve **Sonraki Kanun** vasıfları göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca bilindiği üzere Ceza Muhakemesi Hukukunda kural olarak kıyas serbest olmakla birlikte temel hak ve özgürlükleri sınırlayan veya koruma tedbirlerini genişleten mahiyette genişletici yorum yapılamaz. İncelediğimiz hüküm de bir koruma tedbiri olduğundan belirtilen ilkeler ışığında yorumlanmalıdır. Kanun koyucu her ne kadar kısa bir süre sonra da olsa, CMK düzenlemesine göre farklı bir kural belirlemiştir ve ihdas ettiği özel soruşturma ve kovuşturma usulünü BankK m. 160/3'te tanımlı suça hasretmiştir. Özel soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin olan BankK m. 166 kapsamına ise BankK m. 160/1, 2'de tanımlı suçlar alınmamıştır.

Sonuç olarak telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin katalog suç düzenlemesine gerek duyulan⁷⁰ iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerin değerlendirilmesi tedbirlerine ancak varsayımsal zimmet suçuna ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda başvurulabilecektir⁷¹. BankK m. 160/1, 2'de tanımlı suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda ise bu iletişim dinlenemeyecek, kayda alınamayacak ve sinyal bilgileri değerlendirilemeyecektir. BankK m.

⁷⁰ Tatbikleri her suç için mümkün olan (tatbikleri için katalog oluşturulmamış olan) mobil telefonun yerinin tespiti ile iletişimin tespiti tedbirleri CMK m. 135'de belirtilen şartların gerçekleşmesi koşuluyla BankK'daki her suç için uygulanabilecektir.

⁷¹ Aynı yönde ve ayrıntılı açıklamalar için Bkz.: DONAY, **Bankacılık Ceza Hukuku**, s. 132-133.

166/b hükmünde, CMK m. 135-138 hükümlerine atıfta bulunulmuştur. Bu nedenle özel elkoymadan farklı olarak telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine ilişkin BankK m. 166/b'de herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Görülmektedir ki BankK m. 166/b normu yalnızca katalog suça ilişkin bir düzenlemedir. Bu nedenle telekomünikasyon yoluyla iletişim denetlenmesi koruma tedbirine dair tüm kurallar varsayımsal zimmet suçu dolayısıyla yapılan bir soruşturma ve kovuşturmada bu tedbire başvurulduğunda uygulanacaktır. Söz gelimi tedbire başvurabilme şartları, tedbire karar verecek mercie ilişkin kurallar, tesadüfi deliller, müdafii ile veya tanıklıktan çekilebilecek kişilerle yapılan iletişimin denetlenmesi gibi her türlü konuya CMK hükümleri tatbik edilecektir.

C. İLGİLİLERİN HAZIR EDİLMESİ

CMK'da zorla getirme/ihzar tanıklar bakımından 44. maddede ve genel olarak 146. maddede düzenlenmiştir. Hakkında tutuklama kararı verilmesi veya yakalama emri düzenlenmesi için yeterli nedenler bulunan ya da 145. maddeye göre çağrılmasına rağmen gelmeyen şüpheli veya sanık zorla getirilebilecektir. Çağrıya rağmen gelmeyen tanık, bilirkişi, mağdur ve şikâyetçi de zorla getirilebilecektir.

Savcıya zorla getirme için emir verme yetkisi 2006 yılında 5560 sayılı Kanunla getirilmiştir. CMK savcıya bu yetkiyi tanımadan, savcıya BankK m. 166 çerçevesince bu yetkinin verildiği görülmektedir.

İlgili bent ile CMK'da ihzar için öngörülen tutuklama kararı, yakalama emri gerektiren hal ya da çağrıya rağmen gelmeme şartları aranmaksızın doğrudan zorla belirtilen kişilerin getirilmesine olanak tanımıştır. Düzenlemenin ve genel hükümlerden ayrılmanın isabeti kanaatimizce tartışmalıdır.

D. SAVCILIĞIN KAMU İDARELERİ VE BANKALARDAN İSTEMDE BULUNMASI

Cumhuriyet Başsavcılıkları, bu suçların soruşturmasında gerekli olması hâlinde, geçici olarak yargı çevresi içerisinde veya dışındaki, genel bütçeli dairelere ve katma bütçeli idarelere, bütün kamu kurum ve kuruluşlarına, belediyelere, bankalara ait bina, araç, gereç ve personelden yararlanmak için istemde bulunabileceklerdir. Özürsüz olarak bu istemleri yerine getirmeyen sorumlu kişiler, BankK m. 166/1-f uyarınca üç aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacaklardır. CMK m. 160 ve 161 Cumhuriyet Savcısı'nın

genel araştırma yetkisini düzenlemektedir. Yine CMK m. 332'ye göre suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere on gün içinde cevap verilmesi zorunludur. Ancak BankK m. 166/1-f hükmü, genel araştırma ve bilgi istemenin ötesinde araç, gereç, bina ve personelden yararlanmaya yöneliktir. Bu nedenle de anılan hükümlere nazaran ilgili düzenlemenin Cumhuriyet Savcılarına çok daha geniş bir yetki verdiğini belirtmek gerekir.

6638 sayılı Kanun -kamuoyunda bilinen adıyla İç Güvenlik Paketi- 27.03.2015'te kabul edilmiş olup 04.04.2015 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anılan Kanun'un 15. maddesi de incelediğimiz hükme benzer niteliğiyle göze çarpmakta olup, söz konusu hükmün gerek Anayasa'ya uygunluk gerekse Hukuk Devleti İlkesi bakımından pek çok tartışmayı da beraberinde getirdiğini hatırlatmakla yetinelim⁷².

Burada SerK m. 115/3 hükmüne de değinmek gerekmektedir. Anılan madde hemen yukarda incelediğimiz BankK'daki hükme göre daha sınırlı bir niteliğe sahiptir. Buna göre SerK'da tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yapılan soruşturmalarda Cumhuriyet savcısı, Kurul meslek personelinden yararlanabilecektir. Keza bu suçlardan dolayı şüpheli veya tanık sıfatıyla kişilerin ifadesinin alınması sırasında Kurul meslek personelinin de hazır bulunması sağlanabilecektir. Görülmektedir ki hüküm, yalnızca Kurul personelinden soruşturmada yararlanılmasına ilişkin olup BankK m. 166/d'ye göre daha dar kapsamlıdır.

E. ÖZELELKOYMA KORUMATEDBİRİNE BAŞVURULMASI

BankK m. 166/f, g hükümlerine göre varsayımsal zimmet suçunun soruşturma evresi sonuçlanıncaya kadar özel elkoyma⁷³ koruma tedbirine

⁷² **MADDE 15:** 10.6.1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 11 inci maddesine aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

H) Vali, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini sağlamak amacıyla aldığı tedbir ve kararların uygulanması için adli kuruluşlar ile (D) fıkrası hükmü saklı kalmak kaydıyla askerî kuruluşlar dışında, mahallî idareler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının itfaiye, ambulans, çekici, iş makinesi ve tedbirlerin zorunlu kıldığı diğer araç ve gereçlerinden yararlanabilir, personeline görev verebilir. Kamu kurum ve kuruluşları, valinin bu konudaki emir ve talimatlarını yerine getirmek zorundadır. Aksi takdirde vali, emir ve talimatlarını kolluk aracılığıyla uygular. Bu fıkradaki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya geciktirilmesi sebebiyle oluşan kamu zararı ile gerçek ve tüzel kişilerin Devlet tarafından karşılanan zararları ilgili idarece genel hükümlere göre sorumlu kamu görevlilerinden tazmin edilir.

İ) (H) fıkrası ile valiye verilmiş olan yetkiler, ilçede kaymakam tarafından da kullanılabilir.

⁷³ Burada "Özel Elkoyma" ifadesi ile taşınmazlara, hak ve alacaklara yönelik icra edilen

başvurulması mümkündür. Yukarıda telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine yönelik açıklamalarımızda, anılan koruma tedbirinin yalnızca varsayımsal zimmet suçuna ilişkin uygulanabileceğini, bankacılık zimmeti ile nitelikli bankacılık zimmetine ilişkin CMK m. 135/8-c hükmünün zımnen ilga edildiğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştik. Ancak özel elkoyma tedbirine ilişkin olarak ise aşağıda açıklayacağımız sebeplerle farklı sonuçlara ulaşılmış bulunmaktayız.

İlk olarak belirtmeliyiz ki BankK m. 166/f'de bu koruma tedbirine soruşturmanın sonuçlanmasına kadar başvurulabileceği belirtilmiştir. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine ilişkin BankK m. 166/b'de ise hem soruşturma hem de kovuşturma evrelerine ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Hemen ifade edelim ki CMK m. 128/2-c'de, 4389 sayılı Kanun'un 22/3 ve 22/4. maddelerinde tanımlı suçlar özel elkoyma koruma tedbirinin kataloğunda sayılmıştır. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbirindeki gibi burada da CMK m. 128/2-c hükmünün zımnen ilga olduğu görüşü kabul edilir ise şu şekilde bir durum ortaya çıkacaktır: BankK m. 166/f yalnızca soruşturma evresine ilişkin olarak özel elkoymayı kabul ettiğinden varsayımsal zimmet suçuna ilişkin soruşturmalarda CMK'daki kurala göre daha esnek olan özel elkoymaya hükmedilebilecek ve fakat kovuşturma evresine geçildiği anda bu koruma tedbirine son verilecektir. Böyle bir sonucun ise mantık ilkeleri ile uyumsuz olduğu görülmektedir. Bu nedenle BankK m. 166/f, g hükümleri ile CMK m. 128/2-c hükmünün ilga edildiği sonucuna ulaşılması olanaklı değildir.

Kanaatimizce öğretilerde bu hususa ilişkin olarak DONAY'ın çözüm tarzı yerindedir. Şöyle ki; CMK m. 128/2-c hükmü ilga edilmemiştir. Ancak BankK m. 166/f, g varsayımsal zimmet suçunun soruşturma evresine ilişkin özel bir düzenlemedir. Dolayısıyla varsayımsal zimmet suçunun soruşturma evresinde BankK m. 166/f, g hükümleri tatbik edilecektir⁷⁴. Soruşturma evresinde özel hüküm olan BankK geçerli olacaktır. Bu nedenle örneğin suçun işlendiğine ve söz konusu taşınmaz, hak ve alacakların bu suçtan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi aranmayacaktır. Zira BankK m. 166'da her türlü taşınmaz, hak

elkoyma kastedilmektedir. CMK m. 128'de düzenlenen taşınmazlara, hak ve alacaklara yönelik elkoymanın hak ve özgürlüklere getirdiği sınırlamanın klasik elkoymaya nazaran daha yoğun olduğu hemen göze çarpmaktadır. Bu nedenle ayrı bir düzenlemenin varlığı isabetlidir. Bu nedenledir ki klasik elkoymaya göre şartları ve sonuçları bakımından farklılık arz etmesi sebebiyle farklı bir isimlendirme yoluna gidilmesi de esasen yerinde olmaktadır. Biz de bu gerekçelerle çalışmamızda "Özel Elkoyma" ifadesini kullanmayı tercih ettik.

⁷⁴ DONAY, *Bankacılık Ceza Hukuku*, s. 136.

ve alacaklara elkonulabileceği kabul edilmiştir. Yine gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı bu tedbire sonradan hâkim onayı şartına bağlı olarak başvurabilecektir. Anılan koruma tedbiri konusunda görevli hâkim ise maddede açıkça belirtildiği üzere Sulh Ceza Hâkimidir. Sonuç olarak CMK'daki farklı şartların veya düzenlemelerin uygulanmayacağını belirtelim⁷⁵. CMK m. 128 hükmüne ancak BankK 166 hükmünün düzenlemediği konular bakımından başvurulabilecektir. Çünkü soruşturma evresinde özel ve sonraki kanun olan BankK'nın uygulanacağını kabul ettikten sonra bahsedilen konunun hükümlerini bütün olarak uygulamak gerekmektedir.

Kovuşurma evresine gelirse; CMK m. 128/2-c açıkça veya zımnen ilga olmadığından, kovuşturma evresine geçildiği anda varsayımsal zimmet suçuna ilişkin özel elkoyma bakımından uygulanacak hüküm CMK m. 128'dir⁷⁶. Keza CMK m. 128/2-c ilga olmadığı için bankacılık zimmeti ve nitelikli bankacılık zimmeti suçlarına ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda CMK m. 128 çerçevesince özel elkoyma tedbirine başvurulabilecektir⁷⁷. Çünkü CMK m. 128/2-c'deki katalogda 4389 sayılı Kanun'un 22/3. maddesi de sayılmış olup, bu kanuna yapılan atıflar BankK m. 169 gereğince BankK'daki karşılıklarına yapılmış kabul edilecektir. 4389 sayılı Kanun'un 22/3. maddesinin BankK'daki muadili BankK m. 160/1, 2, yani bankacılık zimmeti ve nitelikli bankacılık zimmetidir. Varsayımsal zimmet suçunun kovuşturma evresinde CMK'nın özel elkoymaya ilişkin hükümlerinin uygulanacağını söylemek, CMK m. 128/2-c'nin zımnen ilga olmadığını kabul etmeyi gerekmektedir. Bu nedenle CMK m. 128/2-c'deki katalogda yer alan 4389 sayılı Kanun'un 22/3. maddesi gereğince bankacılık zimmeti ve nitelikli bankacılık zimmeti suçlarının gerek soruşturma gerekse kovuşturma evrelerinde CMK m. 128'deki özel elkoyma koruma tedbiri CMK m. 128 çerçevesince uygulanacaktır.

IV. İNFAZA İLİŞKİN KURAL

BankK m. 167 zimmet suçlarına özgü bir infaz hükmüdür. Bu özel infaz hükmü BankK'daki veya başka kanunlardaki bankacılık suçları hakkında uygulanamayacaktır.

⁷⁵ Özellikle kayın ve kan hısımları hakkında bu tedbirin uygulanabileceği belirtilmiştir. Ancak sonrasında üçüncü kişiler bakımından da bu tedbirin icra edilebileceği belirtilmiştir. Fakat ayrıca kan ve kayın hısımlarının adının zikredilmesi doğrudan bu kişiler hakkında bu tedbire başvurulmasına neden olabilecektir. Bu nedenle hükmün hak ve özgürlükler bakımından tehlikeleri bünyesinde barındırdığını kaydetmek gerekmektedir. Aynı yönde DONAY, **Bankacılık Ceza Hukuku**, s. 137.

⁷⁶ Aynı yönde Bkz.: DONAY, **Bankacılık Ceza Hukuku**, s. 136.

⁷⁷ Aynı yönde Bkz.: DONAY, **Bankacılık Ceza Hukuku**, s. 136.

Hükme göre zimmet suçlarından mahkûm olanlar hakkında koşullu salıverilme hükümlerinin tatbiki için; Fona veya Hazineye⁷⁸ olan borçlar ve tazminatlar ödenmeli veya bu borçlar ve tazminatlar malvarlıklarından tahsil edilmelidir. Aksi takdirde koşullu salıverilme hükümleri uygulanmayacaktır⁷⁹. Zimmet suçlarından herhangi birinden mahkûm olan bir kişi hakkında bu maddede düzenlenen koşulun gerçekleşmesinin ardından koşullu salıverilme hükümleri bakımından genel hükümlerin uygulanacağı açıktır. Son olarak belirtelim ki bahsi geçen borç ve tazminatlar zimmet suçlarına ilişkin olmalıdırlar⁸⁰.

V. SERMAYE PİYASASI KANUNU M. 115/5'TEKİ ÖZEL DÜZENLEME

SerK m. 115/5'te SerK m. 109'da yer alan suçlara ilişkin olarak 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un (İnternet Kanunu) 8 inci maddesinin uygulanacağı belirtilmiştir.

SerK m. 109'da ise sermaye piyasası araçlarının usulsüz olarak halka arz edilmesi ve sermaye piyasasında izinsiz şekilde faaliyette bulunma suç olarak düzenlenmiştir.

İnternet Kanunu'nun 8. maddesi erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi hakkındadır. Buna göre internet ortamında yapılan ve bu maddede sayılan suçları oluşturduğuna dair yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlar hakkında erişimin engellenmesi kararı verilebilecektir. Maddede katalog suç düzenlemesinin yer aldığı görülmektedir. SerK m. 115/5 ile sermaye piyasası araçlarının usulsüz olarak halka arz edilmesi ve sermaye piyasasında izinsiz şekilde faaliyette bulunulması suçları da erişimin engellenmesi kararı verilebilecek suçlar arasına dâhil edilmişlerdir.

⁷⁸ Hazine alacağıının doğmasının mümkün olmadığı yönündeki açıklamalar için Bkz.: ALICI, **a.g.e.**, s. 1310.

⁷⁹ DONAY anılan düzenlemeyi eleştirmektedir. Zira yazar yerinde bir tespitle koşullu salıverilmenin hükümlünün cezaevindeki iyi haliyle sıkı bir bağlantısının olduğunu, tazminat veya borçları ödeyememenin iyi hali etkilemeyeceğini, kaldı ki ödeyememe halinin de büyük olasılıkla cezaevinde bulunmaktan ileri geldiğini belirtmiş ve sonuç olarak bu hükmün koşullu salıverilme kurumuyla bağdaşmadığı neticesine ulaşmıştır. Belirtelim ki yazarın gerekçelerine ve ulaştığı sonuçlara iştirak etmekteyiz. Bkz.: DONAY, **Bankacılık Ceza Hukuku**, s. 144-145.; Aynı yönde ve benzer açıklamalar ile düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğuna dair görüş için Bkz.: ALICI, **a.g.e.**, s. 1310.

⁸⁰ DURSUN, **Yeni Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri**, s.274, dp 61.

SONUÇ

Yazılı başvuru şartının niteliği kanaatimizce müracaat muhakeme şartıdır. Varsayımsal zimmet suçunda, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcılığa doğrudan soruşturmaya başlama yetkisinin tanınması, bu suça ilişkin olarak yazılı başvuru şartının gerekmediği şeklinde yorumlanmamalıdır. İlgililerin saklı tutulan dava hakkının anlamı ise kanaatimizce ilgililerin şikâyete yetkili oldukları şeklindedir. İtibarın zedelenmesi, sırların açıklanması ve zimmet suçlarında şikâyet ile de soruşturmanın açılabilceğini ve kovuşturmanın yürütüleceğini kabul etmek gerekmektedir.

Kurum veya Fon'un kamu davasına katılabilmesi için yazılı başvurudan farklı olarak ayrıca katılma talebine ilişkin olarak mahkemeye başvuruda bulunmaları gerekmektedir. SerK'daki kamu davasına katılma hükmüne nazaran BankK'daki hükmün daha isabetli olduğunun altı çizilmelidir.

Görev bakımından yetkiye ilişkin olarak HSYK kararlarının göz önünde tutulması gerekmektedir. Ayrıca 1 numaralı Ağır Ceza Mahkemelerinin de görev bakımından yetkilerinin sona ermediği, bu mahkemelerin HSYK'nın belirlediği mahkemelerin (İstanbul için 8. Ağır Ceza Mahkemesi'nin diğer iller için 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin) heyetin ret edilmesi ve davayı görememeleri durumunda görevli hale gelebilecekleri kabul edilmelidir.

Yer bakımından yetkinin eski Bankalar Kanunu'na nazaran CMK ile daha uyumlu olduğu gözlemlenmektedir. Bununla birlikte tam anlamıyla ayniyet olmadığını belirtmek gerekir. Özellikle hem ilçede hem de il merkezinde Ağır Ceza Mahkemesi bulunan illerde, ilçelerde işlenen ve BankK m. 164'te sayılan suçlar bakımından yetkili mahkemenin il merkezindeki ağır ceza mahkemesi olduğunu ifade etmekteyiz.

Bilirkişiliğe ilişkin hükümler bakımından CMK hükümlerinin daha yerinde olduğu öğretiler ileri sürülmüştür. Bu görüşe iştirak etmekteyiz.

Gerek telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, gerekse özel elkoymaya yönelik yapmış olduğumuz açıklamalar göstermektedir ki konu oldukça tartışmaya açık niteliktedir. Kanun koyucu 5 ay gibi kısa bir aralıkta iki önemli kanun ihdas etmiş, bununla birlikte bu kanunlar arasında eşgüdüm ise kimi konularda sağlanamamıştır. Olması gereken hukuk açısından hak ve özgürlükler bakımından son derece önemli iki koruma tedbirine ilişkin hükümlerin yeniden ve basit, anlaşılır bir şekilde düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak mevcut hukuka ilişkin açıklamalarımızın sonucu ise şu şekildedir:

• Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri yalnızca varsayımsal zimmet suçuna ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda tatbik edilebilecektir. CMK m. 135/8-c, BankK m. 166/b'nin özel ve sonraki kanun vasfına sahip olması nedeniyle zimnen ilga edilmiş kabul edilmelidir. Dolayısıyla bankacılık zimmeti ve nitelikli bankacılık zimmetine dair soruşturma ve kovuşturmalarda telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine başvurulamayacaktır.

• BankK m. 166/b hükmü yalnızca katalog suça ilişkin bir düzenlemedir. Bu nedenle telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine ilişkin şartlar ve düzenlemeler hususunda CMK m. 135 ila 138 hükümleri uygulanacaktır.

• Varsayımsal zimmet suçuna ilişkin soruşturmalarda BankK m. 166/f, g'de düzenlenen özel elkoyma tedbiri uygulanacaktır. Özel elkoymaya ilişkin BankK düzenlemeleri soruşturma aşamasında öncelikle uygulanacaktır, boşluk durumunda CMK hükümlerine başvurulacaktır.

• Varsayımsal zimmet suçuna dair kovuşturmalarda özel elkoyma tedbirine başvurulması durumunda, uygulanacak hüküm CMK m. 128'dir.

• Bankacılık zimmetine dair soruşturma ve kovuşturmalarda CMK m. 128/2-c gereğince özel elkoyma koruma tedbirine başvurulabilir. Bu halde uygulanacak olan hüküm (gerek şartlara gerekse diğer tüm hususlara) CMK m. 128'dir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR VE MAKALELER

ALICI, Yaşar: **Bankacılık Kanunu Şerhi**, İstanbul, Beta, 2007.

BIÇAK, Vahit: **Suç Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2010.

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Bası, İstanbul, Beta 2010.

DONAY, Süheyl: **Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku**, İstanbul, Beta, 2015.

DONAY, Süheyl: **Bankacılık Ceza Hukuku**, İstanbul, Beta, 2007.

DURSUN, Selman: "Bankalar Kanunu'nda Yer Alan Suçlara İlişkin

Usuli Hükümler ve Cezaların İnfazı”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal TEKİNALP’E Armağan Cilt III**, İstanbul, Beta, 2003, s. 731- 747.

DURŞUN, Selman: “Yeni Bankacılık Kanunu’nda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:2, S:4, Ankara, Seçkin, 2007, s. 263-275.

DURŞUN, Selman: **Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin, 2006.

DURŞUN, Selman: **Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, İstanbul, XII Levha, 2010.

ERMAN, Sahir: **Ticari Ceza Hukuku C:V Bankacılık Suçları**, İstanbul, İ.Ü. Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Prof. Dr. Nazım Terzioğlu Basım Atölyesi, 1984.

GİRİTLİ, İsmet/ BİLGİN, Pertev/ AKGÜNER, Tayfun/ BERK, Kahraman: **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul, Der, 2011.

İÇEL, Kayıhan/ SOKULLU-AKINCI, Füsun/ ÖZGENÇ, İzzet/ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/ ÜNVER, Yener: **İçel Suç Teorisi**, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, Beta, 2000.

KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Bası, Ankara, Seçkin, 2014.

KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Bası, y.y., Arıkan, 2006.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: “Bankalar Kanunu’nun 22/3 ile 22/4 Maddeleri Arasındaki Temel Farklar”, **Hukuk Perspektifleri Dergisi**, S:3, 2005, s. 223-238.

ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR, Mehmet Nihat/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2014.

ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Ankara, Seçkin, 2010.

ÖZTÜRK, Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ SIRMA, Özge/ KIRIT, Saygılar/ ÖZAYDIN, Özlem/ ALAN AKCAN, Esra / ERDEN, Efser: **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara, Seçkin, 2013.

PARLAR, Ali/ AKIN, Mustafa/ HATİPOĞLU, Muzaffer: **Bankacılık Ceza Hukuku**, Ankara, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, 2010.

REİSOĞLU, Seza: **Bankacılık Kanunu Şerhi C: II**, Ankara, 2007.

ŞAHİN, Cumhur: **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2013.

ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncel Yargıtay Kararlarıyla Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Adalet, 2010.

YILMAZ, ZEKERİYA: **Ceza Hukukumuzda Şikâyet**, Ankara, Adalet, 2010.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

http://www.bddk.org.tr/WebSitesi/turkce/Kurum_Bilgileri/BDDK_Hakkinda/5802bddk_kitapcik_14_07_2014_tur.pdf.

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

<http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx>.

<http://www.spk.gov.tr/indexcont.aspx?action=showpage&showmenu=yes&menuid=0&pid=1&subid=1&submenuheader=1>.

<http://www.tmsf.org.tr/default.html>.