

**Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi**



**Gazi University
Faculty of Law
Review**

**Cilt. XV, Temmuz-2011, Sayı 3
Vol. XV, July-2011, No. 3**



**ANKARA
Eylül-2011**

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Gazi Üniversitesi Gazi University

Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Editor in Chief

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Editörler: Editors :

Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assist. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Yayın Kurulu : Editorial Board :

Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assist. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Yayın Yönetmeni : Publishing Manager :

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

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

Yayın Sekreteri : Secretary of Publication

Değer KANYILMAZ Değer KANYILMAZ

ISSN-1302-0013

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri: Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi
81. Sok. No: 9 Emek/ANKARA Tel : +90 312 216 23 09

Basım Tarihi : Eylül 2011

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

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	Selçuk 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. Yedigâr 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, U L A K B İ M tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (**Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim**) olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Yazının dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Yazılar; “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 hukukdergi@gazi.edu.tr adresine gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan **Türkçe ve İngilizce özetlerin**; her iki dilde **yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün** yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
5. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler 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. Editörler kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının 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 çalışmalar dışında, *kitap incelemesi*, *mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgilendirici notlara* da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Yazılar 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, ayrıca telif ücreti ödenmez.
10. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği **kaynakçaya** yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Örnek

Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*. Baskı. Basıldığı Yer: Yıl. Örn. AYHAN, Rıza, Ticarî İşletme Hukuku, b. 2, Ankara 2007. İlk atıf dâhil olmak üzere atıf usulü: Örn. AYHAN, s. 178.

Aynı yazarın birden fazla kitabına ilk atıf usulü: AYHAN, Şirketler, s. 120. ve AYHAN, Ticarî İşletme, s. 136.

Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, sayı numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları.

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.

Atıf da şu şekilde yapılmalıdır: Örn. AYHAN, s. 31.

İnternette alınmış dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

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 Haziran 2010).

Atıf da şu şekilde yapılmalıdır: AYHAN, s. 31.

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

Tel: (312) 216 21 51

Faks: (312) 215 01 69

http: www.hukuk.gazi.edu.tr

e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr

BOŞ

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 15 Temmuz 2011 Sayı 3

İÇİNDEKİLER

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

- Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi
Banu (ŞİT) KÖŞGEROĞLU.....1-30
- Anonim Şirketlerde Ayni Sermaye Taahhütlerinin Yerine Getirilmesine
Yönelik İhtiyati Tedbirler
Aytekin ÇELİK.....31-64
- Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi ve Kaydi Sistem
Kapsamında Devlet İç Borçlanma Senetlerinin Kaydi Olarak İhracı
Mücahit ÜNAL.....65-76
- Roma Hukuku'nda Hükümsüzlük Halleri
Mehmet YEŞİLLER.....77-94

KAMU HUKUKU

- Çevresel Etki Değerlendirmesinin Yargı Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi
Süheyla Suzan ALICA.....97-130
- Belçika Ceza Hukukunda Çalışma Cezası
Burhan ALICI.....131-164
- Karşılaştırmalı Hukukta Ulusal İnsan Hakları Kurum
Modelleri ve Türkiye'deki Durum
Abdurrahman EREN.....165-198
- Anayasa Yapımında Yeni Bir Paradigma: Kapsayıcı, Katılımcı,
Uzlaşmacı Anayasa Yapım Süreçleri ve Çeşitli Örnekler
Serdar GÜLENER.....199-224
- İdare Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı
Fatma Ebru GÜNDÜZ / Hakan GÜNDÜZ.....225-258
- Yeni Anayasa Tartışmaları Bağlamında Çevre
Ahmet M. GÜNEŞ.....259-284

* Makaleler, yazarların soyadına göre sıralanmıştır.

Klinik İlaç Araştırmalarından Doğan Sorumluluk Seda KARA KILIÇARSLAN	285-310
Siyasal Düşünceler Tarihinde “Sınırlı Devlet” Fikrinin Kadimliği Ya da Genel Kamu Hukuku Bağlamında İnsan, Özgürlük ve Devlet İktidarı Algısındaki Evrilme Adil ŞAHİN	311-362
Susma Hakkı Çerçevesinde Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçu Ümit Süleyman ÜSTÜN	363-390

Gazi University Faculty of Law Review

Volume 15 July 2011 Number 3

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

- Enforcing Foreign Arbitral Awards Against Third Parties
Banu (ŞİT) KÖŞGEROĞLU.....1-30
- Some Interim Injunctions To Implement The Real
Capital Subscriptions In The Joint Stock Companies
Aytekin ÇELİK.....31-64
- Dematerialized Issue Of Domestic Government Bonds In Accordance With
Dematerialization Of Securities And Book – Entry System
Mücahit ÜNAL.....65-76
- States Of Invalidity In Roman Law
Mehmet YEŞİLLER.....77-94

PUBLIC LAW

- An Owerview On The Environmental Impact Assessment
In The Frame Of Turkish Case Law
Süheyla Suzan ALICA.....97-130
- Work Penalty In The Belgian Criminal Law
Burhan ALICI.....131-164
- National Human Rights Institutional Models In Comparative
Law And The Case Of Turkey
Abdurrahman EREN.....165-198
- New Paradigm In Constitution Making: Inclusiveness, Participatory And
Conciliatory Constitution Making Processes And Some Cases
Serdar GÜLENER.....199-224
- Compensation For Lack Of Support In The Administrative Law
Fatma Ebru GÜNDÜZ / Hakan GÜNDÜZ.....225-258
- Environmental Context Of New Constitutional Discussions
Ahmet M. GÜNEŞ.....259-284

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

The Responsibility Which Caused From Clinical Drug Researches Seda KARA KILIÇARSLAN	285-310
Oldness Of The Idea Of “Limited State” Or The Transformation In The Perception Of Human, Freedom And State Power In The Context Of General Public Law Adil ŞAHİN	311-362
Crime Of Covert Of Books, Records And Documents Within The Scope Of The Right To Silence Ümit Süleyman ÜSTÜN	311-338

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

YABANCI HAKEM KARARLARININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE KARŞI TENFİZİ

Banu (ŞİT) KÖŞGEROĞLU*

ÖZET

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili uygulaması tahkim hukuku alanındaki güncel konulardan biridir. Üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına dahil edilmesi, hakem kararlarının üçüncü kişilere karşı tenfizi gereğini beraberinde getirmektedir. Ancak hakem kararları sadece tahkim anlaşmasının teşmili suretiyle yargılamaya dahil olan üçüncü kişilere karşı değil, aynı zamanda tahkim yargılamasında yer almayan üçüncü kişilere karşı da istisnai de olsa tenfiz edilebilmektedir. Tenfiz açısından tahkim anlaşmasının teşmili ve üçüncü kişilerin durumu bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, tahkim anlaşmasının teşmili, üçüncü kişilere karşı tenfiz.

ENFORCING FOREIGN ARBITRAL AWARDS AGAINST THIRD PARTIES

ABSTRACT

Extension of arbitration agreements to third parties constitutes one of the current topics of arbitration law. Third party participation in arbitration has the requirement of enforcement against third parties as well. Although there are very exceptional and few cases, enforcement against persons who are not involved in the arbitration should also be considered in this context. Extension of arbitration agreement and the position of third parties in general is examined in this study from the viewpoint of enforcement.

Key Words: Arbitration, extension of arbitration agreement, enforcement against third parties.

* Yrd. Doç. Dr. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Giriş

Milletlerarası tahkimde tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili, son yıllarda dikkat çeken konulardan biridir. Uygulamada hakemlerce tahkim anlaşmalarının, üçüncü kişilere teşmilinin bazı durumlarda kabul edilmesi, tahkim sonunda verilen hakem kararının gereğinin, davalı/davalıların rızası ile yerine getirilmemesi halinde kararın üçüncü kişilere karşı tenfizi ihtimalini; bir başka ifade ile kararın üçüncü kişilere karşı tenfiz edilip edilemeyeceği sorununu ortaya çıkarmaktadır. Teşmil sonucunda hakem kararlarının üçüncü kişilere karşı tenfiz edilip edilemeyeceği meselesi yanında, teknik anlamda teşmilin söz konusu olmadığı bazı hallerde de üçüncü kişilere karşı hakem kararlarının tenfizinin tartışıldığı görülmektedir.

Burada öncelikle tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili konusunu ele almak gereklidir. Bilindiği üzere, tahkim anlaşması, nisbi karakteri özellikle ön planda olan bir anlaşmadır. Tahkim anlaşmasının, tarafların devlet mahkemelerine başvurmalarını engelleme işlevi, bu anlaşmada nisbiliğin önemini artırmaktadır. Zira tahkim anlaşması neticesinde taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için tahkime gitmeye zorlanmaktadır. Hakemler de yetkilerini, taraflar arasındaki bu anlaşmadan alır ve bu itibarla tahkim yargılamaları, anlaşmanın tarafları arasında cereyan eder.

Ancak bazı hallerde tahkim anlaşmasının tarafı olmayan üçüncü kişilerin de davacı veya davalı sıfatına sahip olmak üzere etkilenebileceği görülmektedir. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili olarak adlandırılan bu durum, milletlerarası ticari tahkimin güncel ve önemli sorunlarından biridir.

Genel bir kabule mazhar olmamakla birlikte tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili, bazı tahkim yargılamalarında kabul görmüş ve görmeye devam etmektedir. Teşmilin kabul edildiği durumlarda, hakem kararlarının üçüncü kişilere karşı tenfizi de bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Hatta teşmil söz konusu olmaksızın, hakem kararlarının ilgili üçüncü kişilere karşı tenfizinin mümkün görüldüğü mahkeme kararları mevcuttur.

Bu çalışmanın amacı, hakem kararlarının tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü kişilere karşı tenfiz edilmesi konusunu incelemektir. Tenfiz meselesi, çalışmanın odak noktasını oluşturduğu için, ayrı bir çalışma konusu olan ve spesifik eserlere konu olan teşmil meselesi genel bir çerçevede ele alınmaktadır. Bu doğrultuda öncelikle, tahkim anlaşmasının teşmilinin han-

gi durumlarda mümkün görülebildiği belirtildikten sonra, hakem kararlarının üçüncü kişilere karşı tenfizi meselesi üzerinde durulmaktadır.

I- Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Teşmili

A) Tahkim Anlaşmasının Nisbiligi

Tahkim anlaşmasında, tarafların tahkime gitme konusundaki iradelerinin, belirsizliğe yer vermeyecek şekilde “açık ve net” olarak ifade edilmesi, tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından temel bir unsurdur¹.

Tahkim anlaşmasının, tarafların iradesine bağlı olarak bazı işlevleri vardır: İlk olarak, tahkim anlaşması, tarafların belli bir uyuşmazlığı tahkime götürme iradelerini ispat eder². Tahkim anlaşması, hem tarafların kimler olduğunu ve bu kişilerin tahkime gitme iradelerini, hem de hangi konularda tahkime gitmek istediklerini gösterir. İkinci olarak, tahkim anlaşması, hakeme veya hakem heyetine uyuşmazlığı çözme yetkisi vermekte; mahkemelerin yetkisini bertaraf etmektedir. Son olarak da, bu anlaşma, hakem veya hakemlerin sahip olduğu yetkinin temel kaynağıdır³. Bu işlevler çerçevesinde görülmektedir ki tahkim, hem sözleşmesel, hem de yargısal karakter taşımaktadır⁴. Bu karakteri dolayısıyla taraf iradelerinin belirsizliğe ve tereddüde yer vermeyecek şekilde ifade edilmiş olması önem taşımaktadır.

Tahkim anlaşmasının taraf iradelerini yansıtmaması, bu anlaşmanın kapsamı bakımından da etkilidir. Anlaşmanın tarafları ve tahkime götürülmesi düşünülen uyuşmazlıklar bellidir. Bu nedenle tahkim anlaşmasının, sadece tarafları için hüküm ve sonuç doğurması, onlar üzerinde etkili olması olağandır. Tahkim anlaşmasının tarafı olmayan kişiler bakımından bu anlaşma kural olarak herhangi bir hüküm ifade etmez⁵. Nisbilik ilkesinin bir gereği olarak

¹ Akıncı, Z., Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007, s. 82; Redfern, A./Hunter, M., Law and Practice of International Commercial Arbitration, Londra 1999, s. 135; Esen, E., Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, İstanbul 2008, s. 20 vd.

² Kalpsüz, T., Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007, s. 34; Born, G. B., International Commercial Arbitration – Commentary and Materials, The Hague 2001, s. 297 vd.; Fouchard, P./Gaillard, E./Goldman, B./Savage, J., Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, The Hague 1999, s. 253 vd.

³ Lew, D. M. J./Loukas, A./Mistelis, S. K., Comparative International Commercial Arbitration, The Hague 2003, s. 100.

⁴ Lew/Loukas/Mistelis, s. 100.

⁵ Lamm, C. B./Aqua, J. A., *Defining the Party – Who is a Proper Party in an International Arbitration Before AAA and Other International Institutions*, George Washington International Law Review, 2002-2003, Vol. 34, s. 712; Akıncı, s. 81; Şanlı, C., Uluslararası Ticari Akitlerin

tahkim anlaşmasında taraf olduğu belirtilmeyen kişilerin tahkim yargılamasına katılması mümkün olmamalıdır. Tahkim anlaşmasının tarafları ise, taraf olduğu belirtilen kişilerdir⁶.

Tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği, tahkim yargılamasının, anlaşmanın tarafları arasında cereyan etmiş olması, tahkim sonunda verilecek hakem kararının hukuka uygunluğunu güvence altına alan önemli bir unsurdur. Hakem kararının tenfiz edilebilir bir karar olabilmesi de temelde geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına bağlıdır. Gerek 5718 sayılı MÖHUK (Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun)⁷ gerek Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi⁸ ne⁸ göre geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı tenfizin şartlarından biridir. Bu gereklilik, aynı zamanda, tahkimin, anlaşmanın tarafları arasında cereyan etmiş olmasını da kapsamaktadır. Aksi takdirde, kural olarak verilen hakem kararının tenfizi edilmesi bir sorun olarak ortaya çıkabilir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, bu konuya ilişkin olarak verdiği bir kararda, tahkim anlaşmasının tarafı olmayan üçüncü kişiye karşı hakem kararının tenfizinin mümkün olmadığını hükme bağlamıştır. Karara göre, tenfizi talep edilen hakem kararının dayandığı tahkim anlaşması ve esas sözleşme “Osman Akça Tarım Ürünleri İhracaat San. ve Tic. Ltd. Şti.” ile yapılmış, tahkim yargılaması ve bu yargılama sonunda verilen hakem kararının tenfizi davası ise “Osman Akça Tarım Ürünleri İhracaat San. ve Tic. A.Ş.” aleyhine başlatıldığından, tenfiz talebi reddedilmiştir⁹.

Bu Yargıtay kararı, davalı anonim şirketin bağlı şirketi olarak görülebilecek olan aynı adlı limited şirkete karşı hakem kararının tenfiz edilemeyeceğini ortaya koymaktadır. Ancak burada belirtilmelidir ki, söz konusu tahkim yargılamasında, tahkim anlaşması, tahkimin başında, sözü edilen limited şirkete teşmil edilmemiştir. Dolayısıyla karar, yalnızca, Yargıtay’ın hakem kararlarının tenfizinde “taraf” kavramına verdiği anlamı göstermek bakımından

Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, B. 3, İstanbul 2005, s. 307; Esen, s. 8.

⁶ Esen, s. 8.

⁷ 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, R.G. 12.12.2007, 26728.

⁸ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi (*Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, June 10, 1958*), R.G. 25.9.1991, 21002.

⁹ Şanlı, age., s. 302-303.

önem taşımaktadır. Doğaldır ki, aynı kişilerce kurulmuş olsa dahi, davalı anonim şirket ile dava dışı aynı adlı limited şirket farklı tüzel kişiliklerdir. Anonim şirketin taraf olduğu bir tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararının, aynı adlı limited şirkete karşı tenfiz edilemeyeceği açıktır.

O halde kural olarak, hakem kararların tenfizi davasının esas sözleşmenin (tahkim kaydı içeren) tarafları arasında cereyan etmesi gerekmektedir.

Söz konusu karara konu olan tahkim yargılamasında esasen, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinden söz edilmemektedir. Ancak tahkim yargılamasının başında, tahkim anlaşmasının üçüncü kişileri de kapsayacak şekilde genişletilmesi, yani teşmili kabul edilirse, bu tür davalarda hakem kararlarının ilgili üçüncü kişilere karşı tenfizi olasılığı ortaya çıkar.

B) Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili

Öncelikle tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili, tahkim anlaşmasının kapsamının, bu anlaşmaya taraf olmayan üçüncü kişileri kapsayacak şekilde genişletilmesi ve bu kişilerin davacı veya davalı sıfatıyla yargılamada yer alması şeklinde tarif edilebilir¹⁰. Bazı durumlarda üçüncü kişiler davacı sıfatıyla tahkim yargılamasında yer almak isteyebilirler. Benzer şekilde, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin, tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişileri tahkim yargılamasına dâhil etmek suretiyle hakem kararının bu kişilere karşı tenfizi olanağını yaratmak isteyebileceği görülmektedir¹¹. Davalı sıfatıyla üçüncü kişilere teşmilde daha çok, tahkim anlaşmasının halihazırda tarafı olan davalının ekonomik durumu etkili olmaktadır. Örneğin, yan şirketin, takip konusu yapılabilecek malvarlığının bulunmaması, tahkim yargılamasına ana şirketin de davalı sıfatıyla dahil edilmesi eğilimini açıklamaktadır. Bu şekilde tahkim anlaşmasına taraf olan davalı yanında, üçüncü kişilerin davalı olarak dâhil edilmesi, bu kişilere karşı hakem kararının tenfizi suretiyle tahsilat olanağın ortaya çıkarmaktadır.

Tahkim anlaşmasının teşmili, esasen güncel tahkim uygulamasının bir sonucudur. Tahkim uygulamasının gereklerine karşılık olarak ortaya çıkan bu müessesenin gelişiminde, hakem kararları ve yabancı mahkeme kararlarının

¹⁰ Poudret, J. F./Besson, S., *Comparative Law of International Arbitration*, Londra 2007, s. 211; Esen, s. 9-10; Stucki, B., *Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories*, ASA Conference of September 29, 2006, Çevrimiçi: <http://www.arbitration-ch.org/below-40/pdf/extension-bs.pdf> (5.3.2011)

¹¹ Esen, s. 9-10.

etkili olduğu görülmektedir. Ancak bugün için “teşmil” uygulaması tartışmalı bir zemin üzerinde oturmaktadır ve hakemlerce yaygın ve genel olarak kabul gördüğünü söylemek güçtür. Ayrıca teşmilin mümkün görüldüğü durumlara ilişkin çeşitli tespitler yapılmakla birlikte, hangi koşullar altında tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin kabul edilebildiğini kesin olarak ifade etmek aşırı bir yorum olur¹². Teşmilin en azından bugün için tartışmalı bir uygulama olması ve tahkim anlaşmasının nisbi niteliği ile çatışması, bu uygulamanın tenfiz aşamasında milli mahkemelerde sınırlı bir kabul görmesinin de altında yatan temel sebeptir.

Üçüncü kişilerin teşmil yoluyla davaya dâhil edilmesi bazı hallerde adil görünmekte ise de, teşmil, gerek hakemlerin gerek mahkemelerin temkinli yaklaştıkları bir konudur¹³. Ancak milletlerarası tahkim uygulamasından ve yabancı mahkeme kararlarından hareketle belirlenen bazı hukuki olgu ve ilişkiler vardır ki, bu hallerde üçüncü kişilere teşmil mümkün görülebilmektedir. Buna göre,

1. Tahkime taraf olma konusunda üçüncü kişinin rıza göstermesi
2. Temsil
3. Grup şirketler doktrini
4. Halefiyet
5. Garanti sorumluluğu
6. Üçüncü kişi yararına sözleşme
7. Çelişkili davranış yasağı ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi
8. Devlet kuruluşu veya şirketinin taraf olduğu tahkim anlaşmalarının devlete teşmili, üçüncü kişilere teşmilin mümkün görüldüğü hallerdir.

Sayılan hallerde üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasının tarafı sayılması meselesinin çeşitli hakem ve mahkeme kararlarında tartışıldığı görülmektedir¹⁴. Bu hallerde tahkim anlaşmasının teşmilinin kabul edildiği yolunda bir

¹² Esen, s. 16-42; Lamm/Aqua, s. 715-716.

¹³ Esen, s. 85 vd.; Courtney, T., *Binding Non-Signatories to International Arbitration Agreements: Raising Fundamental Concerns in the United States and Abroad*, Richmond Journal of Global Law & Business, 2009, Vol. 8:4, s. 585; Lamm/Aqua, s. 715 vd.

¹⁴ Bkz. Esen, s. 14-34, 85 vd.; Zuberbühler, T., *Non-Signatories and the Consensus to Arbitrate*, ASA Bulletin, 2008, Vol. 26, s. 19 vd.; Eisen, C.L., *What Arbitration Agreement? Compelling Non-Signatories to Arbitrate*, Dispute Resolution Journal, May/July 2001, s. 42 vd.;

genelleme yapılmamalıdır. Teşmilin kabul edilip edilmeyeceği somut davanın şartları çerçevesinde değerlendirilmektedir¹⁵.

C. Teşmile Dayanak Olan Hallerden Bazıları

Bu çalışmanın kapsamı içinde yukarıda sayılan haller tek tek incelemeyecek ise de, teşmil uygulamasını kısaca açıklamak amacıyla bunlardan bazıları örnek olmak üzere genel bir çerçevede ele alınmalıdır:

1. Grup şirketler görüşü: Bir şirketler topluluğunun varlığı halinde, şirketlerden biri tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının diğer bir şirkete teşmil edilmesinin dayanaklarından biri olarak grup şirketler görüşü karşımıza çıkmaktadır¹⁶. Özellikle, grupta yer alan yan şirketin akdettiği tahkim anlaşmasına, ekonomik olarak daha güçlü durumda olan ana şirketin taraf olduğunun kabul edilmesi, yargılama sonunda verilecek hakem kararının, ana şirkete karşı tenfizi imkanını yaratmak bakımından tercih edilebilir niteliktedir. Burada ana şirketin, grupta yer alan şirketlerden biri tarafından yapılan bir sözleşmenin müzakerelerinde veya ifası aşamasında yardımcı olması gibi gerekçelerle bu sözleşmede yer alan bir tahkim anlaşması ile bağlı sayılabileceği ileri sürülmektedir¹⁷.

Grup şirketler görüşünün tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili bakımından sınırlı bir şekilde uygulama alanı bulduğu görülmektedir¹⁸. Gerçekten, bu görüşün, bir tahkim anlaşmasının diğer bir şirkete teşmilini haklı kılmaya tek başına yeterli olmadığı vurgulanmaktadır¹⁹. Zira aynı gruba dahil olan her şirket ayrı bir tüzel kişi olarak hukuki varlığını sürdürmektedir. Tahkime gitme iradesinin net bir biçimde ifade edilmesi gereği karşısında, tahkime gitme iradesini açıklamamış olan ayrı tüzel kişiliğe sahip bir şirketin, ağırlıklı olarak aynı şirketler topluluğunda yer alması nedeniyle tahkim anlaşması ile bağlı sayılması ancak istisnai olarak kabul edilebilir.

Sentner, J. J., *Who is Bound by Arbitration Agreements? Enforcement by and against Non-Signatories*, Business Law International, 2005, Vol. 6, s. 58 vd.; Lamm/Aqua, s. 716 vd.; Courtney, s. 585 vd.; Bagot/Henderson, s. 436 vd.

¹⁵ Esen, s. 85 vd.; Lamm/Aqua, s. 716 vd.; Zuberbühler, s. 19 vd.

¹⁶ Park, W. W., *Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma*, Multiple Parties in International Arbitration, Oxford 2009, s. 23-24.

¹⁷ Esen, s. 99; Courtney, s. 588; Park, s. 20 vd.; Zuberbühler, s. 25-27.

¹⁸ Esen, s. 98 vd.; Zuberbühler, s. 25-27; Poudret/Besson, s. 226.

¹⁹ Esen, s. 132; Zuberbühler, s. 27; Hanotiau, B., *Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts – Parties – Issues*, Journal of International Arbitration, 2001, Vol. 18, S. 3, s. 282.

2. Halefiyet: Aşağıda görüleceği üzere, Yargıtay kararlarına da sıklıkla konu olan halefiyet nedeniyle üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına taraf olması da istisnai bir uygulamaya işaret etmektedir. Halefiyet halinde, halefiyet konusu hakka ilişkin bulunan tahkim anlaşmasının tarafı, devirle birlikte değişmektedir. Halefiyet, yalnız maddi hukuk yönünden değil, usul hukuku yönünden de hakların halefe geçmesi sonucunu doğuracağı için, halefin tahkim yargılamasında davacı veya davalı olarak yer alması teşmil kapsamında ele alınmaktadır²⁰.

İlk olarak külli halefiyet açısından bakılacak olursa, malvarlığının bütün hak ve borçlarla birlikte halefe intikalinin söz konusu olduğu hallerde tahkim anlaşmasının da intikal edip etmeyeceği tartışmalıdır. Bazı hukuk düzenlerinde ölüm, şirket evliliği, iflas gibi hallerde külli halefin, tahkim anlaşması ile bağlı olacağı kabul edilmektedir²¹. Buna bağlı olarak, külli halefiyet esas çerçevesinde halefin tahkim anlaşması ile bağlı sayıldığı hakem kararları mevcuttur²².

Türk hukukunda Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) m. 11/B hükmü çerçevesinde, başlamış bir tahkim yargılamasında taraflardan birinin taraf olma niteliğini kaybetmesi halinde, tahkim yargılaması ertelenir ve yargılamaya devam edilebilmesi için ilgililere bildirimde bulunulur. İlgililer (halefler) yargılamaya devam etmek istemediklerini açıkça bildirmedikleri takdirde, tahkim yargılaması sona erer. Ancak bu hükümden hareketle, tahkim anlaşması akdedildikten, fakat yargılama başlamadan önceki bir aşamada da taraflardan birinin taraf olma sıfatını kaybetmesi halinde, haleflerin tahkim anlaşması ile bağlı sayılacağı sonucuna varılamaz. Aksine, söz konusu hükmün, yargılama başladıktan sonra dahi ilgililerin rızasını aradığı dikkate alındığında, yargılama başlamadan önce taraf olma sıfatını yitiren tarafın haleflerinin ancak

²⁰ Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, İstanbul 2001, s. 5982; Hanotiau, 263-264; Akıncı, s. 81; Esen, s. 137; Bagot, M. H./Henderson, D. A., *Not Party, Not Bound? Not Necessarily: Binding Third Parties to Maritime Arbitration*, Tulane Maritime Law Journal, 2001-2002, Vol. 26, s. 451-455.

²¹ İngiliz, Alman, İsveç hukukunda külli halefiyet çerçevesinde halefin tahkim anlaşması ile bağlı olması hakkında bkz.: Esen, s. 138 vd.;

²² Bkz.: Esen, s. 138 vd.; Hanotiau, s. 263. Ayrıca teşmilin, tahkim yargılamasının başlangıcında mümkün olduğu; daha doğru bir deyişle, tahkim yargılamasının başında üçüncü kişilerin yargılamada taraf olarak yer almalarının, “teşmil” olarak adlandırıldığı dikkate alındığında, tahkim yargılaması başladıktan sonra taraf olma sıfatının kaybedilmesi halinde, yargılamaya haleflerin dahil edilmesi teknik anlamda teşmil olarak adlandırılmamalıdır.

rızaları varsa tahkim anlaşmasına taraf sayılabilecekleri; bu halde de esasen yeni bir tahkim anlaşması akdedilmiş olduğu kabul edilmelidir²³.

İkinci olarak, cüzi halefiyet açısından konişmentonun devri, alacağın temliki ve sigortacının halef olması çerçevesinde inceleme yapılmaktadır.

Konişmentoyu devralanın, konişmentoda atıf yapılan taşıma sözleşmesi genel şartları arasında yer alan tahkim şartı ile bağlı olup olmayacağı konusu, hamilin veya sonraki hamillerin iradelerini ortaya koymaları söz konusu olmadığından tartışmalıdır²⁴. Çeşitli ülke mahkemelerinden verilen kararlara bakıldığında, konişmentonun sonraki hamillerinin, taşıma sözleşmesinde yer alan tahkim şartı ile bağlı olup olmadığı konusunda farklı yorumların yapıldığı görülmektedir. Aynı hukuk düzeninde somut durumun özelliklerine göre olumlu ve olumsuz kararlar verildiğine de rastlanmaktadır²⁵.

Bu konuda önemli olan husus, konişmentonun sonraki hamilinin, tahkim şartı bakımından rızasının bulunup bulunmadığı veya bu şarttan tereddüde yer vermeyecek biçimde haberdar olup olmadığıdır. Konişmentonun sonraki hamili, konişmentoyu devralması sırasında, tahkim şartının varlığından tereddüde yer vermeyecek bir şekilde haberdar olmuşsa, tahkim şartı ile kendisinin bağlı sayılabileceği sonucuna varılmaktadır²⁶. Konişmentoda, tahkim şartının açıkça belirtilmiş olması halinde, konişmento hamilinin, bu şarttan geçerli bir biçimde haberdar olduğu düşünülebilir. Ancak konişmento hamilinin açıkça haberdar olmasının yeterli olmadığı, kendisinin rızasının bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiği de ileri sürülmektedir²⁷.

²³ Esen, s. 146. Tahkim anlaşmasının tarafı olan gerçek kişinin ölmesi halinde mirasçıların halef olması yanında, şirket birleşmesi veya devri gibi taraf sıfatının ortadan kalkmasına yol açan diğer hallerde de geride kalan ya da yeni kurulan şirketin halef olması dikkate alınmalıdır. Bu hallerde tahkim anlaşmasını akdeden şirketin tüzel kişiliği ortadan kalkmadığı takdirde, halefiyet esasına gerek olmadan tahkim anlaşması varlığını muhafaza eder. Ancak bu şirketin tüzel kişiliği tahkim anlaşması akdedildikten, fakat tahkim yargılaması başlamadan önce sona ermişse, halef olan şirketin tahkim anlaşması ile bağlı olup olmayacağı; yani bu şirkete tahkim anlaşmasının teşmil edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Bkz. Esen, 138 vd.; Hanotiau, s. 263.

²⁴ Şanlı, C., Konişmentonun Devri, Alacağın Temliki ve “Perdeyi Kaldırma Teorisi” Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, 2002, Y. 22, S.2, s. 776-781; Esen, s. 165-174; Bagot/Henderson, s. 451 vd.

²⁵ Bkz. Esen, s. 165 vd.; Bagot/Henderson, s. 452 vd.

²⁶ Şanlı, agm., s. 777; Ekşi, N., Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, İstanbul 2004, s. 114; Bagot/Henderson, s. 452-453.

²⁷ Esen, s. 173.

Yargıtay çeşitli kararlarında, tahkim şartı içeren taşıma sözleşmesi hükümlerini konişmentoya ithal eden atıf hükmünün, tahkim şartını açıkça zikrediyorsa, konişmentonun sonraki hamilleri bakımından da geçerli olduğunu ifade etmiştir²⁸.

Alacağın temlikinde ise mesele, bir sözleşmenin temlikinin, temlik eden, temellük eden ve sözleşmenin diğer tarafı üzerinde meydana getireceği etkidir. Alacağın temlikinde borçlunun rızası gerekli değildir. Ancak tahkimde, iradenin önemli bir unsur olması, alacağı temlik eden kişinin, sözleşmede yer alan tahkim anlaşması ile bağlı olup olmayacağı sorununu ortaya çıkarır²⁹. Kıta Avrupası sisteminde tahkim anlaşmasının, temellük edene doğrudan intikal edeceği genellikle kabul edilirken, Anglo Sakson hukukunda temellük edenin açıkça rıza göstermesi halinde bağlı olacağı kabul edilmektedir³⁰.

Türk hukukunda hem borçlar hukukunda alacağın temlik müessesesinin özellikleri hem de tahkim hukukunda tahkim anlaşmasının esas sözleşmesinden bağımsızlığı çerçevesinde çeşitli açılardan konu tartışılmıştır. Buna göre, bir görüş, alacağın temlikinde tahkim anlaşmasının, esas sözleşmenin yarattığı sözleşme ekonomisine dahil olduğu gerekçesiyle temellük edeni bağlayacağı sonucuna ulaşırken³¹; diğer bir görüş, tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı ve usuli niteliği nedeniyle temellük edenin açıkça rızasının bulunması halinde bağlı sayılması gerektiğini ileri sürmektedir³².

Sigortacının halefiyeti, cüz’i halefiyet kapsamında ayrıca değerlendirilmektedir. Sigorta hukukunda, sigortacının, zararı karşıladıktan sonra, sigortalının zarar verene karşı sahip olduğu haklara halef olması esas kabul edilmektedir. Sigortalı ile zarar veren arasındaki anlaşmada bir tahkim şartının bulunması halinde, sigortacının halef sıfatıyla bu tahkim anlaşmasına dayanıp dayanamayacağı ve zarar verenin de sigortacıyla tahkime gitme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı önem taşımaktadır³³.

Anglo Sakson ve Kıta Avrupası hukukunda genel olarak, sigortacının halef sıfatıyla tahkim anlaşmasının tarafı olarak kabul edilmesi eğiliminin yaygın olduğu belirtilmektedir³⁴.

²⁸ Bkz. aşa. “D. Yargıtay Kararlarında Teşmil” başlığı.

²⁹ Şanlı, agm., s. 781; Esen, s. 174; Hanotiau, s. 262-263; Sentner, s. 70.

³⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Esen, s. 176 vd.

³¹ Şanlı, agm., s. 785.

³² Esen, s. 194.

³³ Esen, s. 195; Hanotiau, s. 263-264.

³⁴ Esen, s. 195 vd.

Türk hukukunda da Yargıtay kararları tahkim şartının sigortacı için bağlayıcı olduğu yönündedir³⁵.

3. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi: Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi şirketler hukukuna ilişkin bir yaklaşımı ifade eder. Bu teori, bir şirketin tüzel kişiliğinin, hileli ve kötü niyetli amaçlarla kullanılması durumunda alacaklıların haklarının ihlal edilmesi gibi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğacaksa şirket tüzel kişiliğinin geri planındaki gerçek veya tüzel kişiye uzanılmasını sağlar³⁶. Özellikle Anglo-Sakson hukukunda mahkemelerin, hileli ve kötüniyetli amaçlarla tüzel kişilik perdesinin arkasında kalan diğer bir şirketi, tüzel kişilik perdesini kaldırarak sorumlu tutma eğilimi gösterdikleri görülmektedir³⁷. Bu teorinin tahkim anlaşmasının teşmiline gerekçe oluşturup oluşturmayacağı tartışmalıdır³⁸. Ancak belirtilmelidir ki, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle sorumluluğuna hükmedilebilecek olan arka plandaki gerçek veya tüzel kişinin, tahkim anlaşması ile bağlı olması gerektiği yönünde mahkeme ve hakem kararları mevcuttur³⁹.

Türk hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine dayanılarak tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edilmesi uygulaması bugüne kadar söz konusu olmamıştır. Ancak doktrinde, bu teoriden hareketle, tahkime gitme iradesi bulunmayan üçüncü kişilerin taraf addedilmesi mümkün görülmemektedir⁴⁰.

D. Yargıtay Kararlarında Teşmil

Yargıtay kararlarında, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere etkisinin net bir biçimde kabul edildiği tek durumun, halefiyet olduğu görülmektedir. Özellikle konişmento hamilinin, taşıma sözleşmesinde yer alan tahkim şartı ile bağlı sayılacağı konusunda çok sayıda Yargıtay kararı mevcuttur. Buna paralel olarak, alacağın temlikinde ve sigortacının halefiyeti konusunda da Yargıtay, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere etkisini kabul etmektedir.

³⁵ Bkz. aşağı. "D. Yargıtay Kararlarında Teşmil" başlığı.

³⁶ Courtney, s. 587; Şanlı, agm., s. 786-787.

³⁷ Courtney, s. 587; Lamm/Aqua, s. 722; Park, s. 16.

³⁸ Bkz. Esen, s. 241 vd.; Park, s. 16-17; Eisen, s. 42-43; Bagot /Henderson, s. 448.

³⁹ Bkz. Esen, s. 241 vd.; Bamforth, R./Tymczyszyn, I./Fleet, A. V./Correro, M. A., *Joining Non-Signatories to an Arbitration: Recent Developments*, Dispute Resolution 2007/08, Vol. 2: Arbitration, s. 10; Park, s. 17; Bagot/Henderson, s. 448-449; Zuberbühler, s. 27-30. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Esen, s. 241 vd.

⁴⁰ Şanlı, agm., s. 788-789; Esen, s. 256-257.

Ancak özellikle yabancı hakem kararlarında, yabancı mahkeme kararlarında ve doktrinde teşmile ilişkin tartışmalara konu olan diğer haller bakımından, Yargıtay'ın eğilimini tam olarak belirleme imkanı bulunmamaktadır. Zira teşmilin tartışıldığı her durum Türk mahkemelerinin önüne henüz gelmemiştir.

Tespit edilebildiği kadarıyla Yargıtay tarafından tahkim anlaşmasının teşmiline ilişkin verilen kararlar, şu konular çerçevesindedir:

- Temsil ilişkisi⁴¹ ile ilgili olarak tahkim anlaşmasının teşmil edilip edilmeyeceği konusunda Yargıtay olumsuz görüş beyan etmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin E. 1996/4047, K. 1996/7164, T. 22.10.1996 sayılı kararında⁴² taşıma sözleşmesinde yer alan tahkim şartının, bu sözleşmeyi komisyoncu sıfatıyla imzalayan davalı bakımından etkili olmadığı; davalının bu tahkim şartına dayanarak tahkim itirazında bulunamayacağı ifade edilmiştir.

Benzer şekilde 19. Hukuk Dairesi'nin konuya ilişkin olarak verdiği E. 2002/7495, K. 2002/6932 sayılı kararda da üçüncü kişinin temsilci sıfatıyla imzaladığı sözleşmede yer alan tahkim şartının kendisine teşmil edilemeyeceği; zira temsilen yapılan işlerde hakların ve borçların temsil olunana ait olacağı hükme bağlanmıştır⁴³.

- Yargıtay'ın tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilini kabul ettiği temel konulardan biri, halefiyettir. Külli halefiyet halinde tahkim anlaşmasının teşmiline ilişkin bir karara rastlanmamıştır. Ancak cüz'i halefiyete ilişkin kararlar dikkat çekmektedir:

⁴¹ Tahkim anlaşmasının teşmilinin tartışılması bakımından etkili olan temsil ilişkisi, temsil yetkisinin açıkça verilmiş olmadığı; ancak halin şartlarından temsil ilişkisinin var olduğu izleniminin uyandığı hallerde söz konusudur. Görünüşte temsil yetkisi olarak adlandırılan bu türden temsil yetkisinin verilmiş olduğu hallerde temsil olunan kişinin, tahkim anlaşması ile bağlı sayılması gerektiği ileri sürülmüş ve bazı yabancı mahkeme ve hakem kararlarında bu türden bir uygulama ile karşılaşılmıştır. Bu konuda bkz. Esen, s. 85 vd.; Sentner, s. 66-67. Yargıtay'ın görünüşte temsil yetkisi ile ilgili olarak teşmili tartıştığı bir kararına ise rastlanmamıştır.

Metinde verilen kararlara konu olan davalarda doğrudan temsil ilişkisi söz konusu olduğundan, hak ve borçlar zaten temsil olunan üzerinde doğar ve teşmil tartışılmaz. Türk hukukunda temsilcinin tahkim anlaşması akdedebilmesi için özel olarak yetkilendirilmiş olması gerektiğinden, temsil yetkisi zimni olarak verilmiş olsa dahi bu şekilde yetkilendirilen temsilcinin tahkim anlaşması akdetmesi mümkün değildir. Dolayısıyla zimni olarak yetkilendirilen temsilcinin akdettiği tahkim anlaşması, temsil olunana teşmil olunamaz

⁴² Nomer, E./Ekşi, N./ Öztekin, G., Milletlerarası Tahkim, B. 2. İstanbul 2003, s. 602-603.

⁴³ YKD, 2003/3, s. 422-423.

İlk olarak, konişmentonun devri durumunda devralanın cüzi halefiyet kapsamında bu türden tahkim şartları ile bağlı olup olmayacağı konusunda Yargıtay, konişmentoda tahkim şartının zikredilmiş olması halinde, konişmentonun sonraki hamillerinin taşıma sözleşmesindeki tahkim şartı ile bağlı olacağı yönünde kararlar vermiştir. Sonraki hamillerin konişmentodaki tahkim şartından haberdar olmaları yeterli görülmüş; ayrıca rızalarının bulunup bulunmadığı tartışılmamıştır. Yargıtay'ın son dönemde verdiği bazı kararlara bakılacak olursa:

11. Hukuk Dairesi, E. 2002/216, K. 2002/4357, T. 6.5.2002 sayılı kararında⁴⁴, konişmentoda yer alan tahkim şartının, konişmentoyu devralan üçüncü kişiyi (ve sigorta şirketini) bağlayacağı görüşünü ifade etmiştir.

11. H.D. E. 2004/9458, K. 2005/6114, T. 13..2005 sayılı kararda⁴⁵, konişmentoda tahkim anlaşmasını içeren taşıma sözleşmesine atıf yapılması halinde, konişmentoyu ciro yoluyla devralan ve bunu ibrazla yükü teslim alan gönderilenin (ve sigorta şirketinin) tahkim şartı ile bağlı olduğu yönünde hüküm verilmiştir.

11.H.D., E. 2007/1590, K. 2008/8780, T. 1.7.2008 sayılı kararda⁴⁶, benzer bir davada aynı yönde karar verilmiştir.

11. H.D., E. 2007/14582, K. 2009/3359, T. 23.3.2009 sayılı kararda⁴⁷ da, konişmentoyu ciro yoluyla devralan gönderilenin, konişmentodaki tahkim şartı ile bağlı olduğu ifade edilmiştir.

Yargıtay, alacağın temlik halinde tahkim anlaşmasının temlik alan bakımından bağlayıcı olup olmadığı konusunda, temellük edenin temlik sonucunda alacağa bağlı olarak tahkim anlaşmasının tarafı haline geleceğini kabul etmekte; temellük edenin ayrıca rızasının bulunması gerekip gerekmediği konusuna girmemektedir. Konuya ilişkin bir adet karara rastlanmıştır:

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararında⁴⁸, alacağın temlikinde, tahkim şartının temellük edeni bağlayacağı sonucuna varmıştır.

⁴⁴ İKÜHFD, Ocak 2007, Y. 6, C. VI, S. 1, s. 91-93.

⁴⁵ İKÜHFD, Ocak 2007, Y. 6, C. VI, S. 1, s. 94-96.

⁴⁶ İKÜHFD, Ocak 2007, Y. 6, C. VI, S. 1, s. 102-104.

⁴⁷ İKÜHFD, Ocak 2007, Y. 6, C. VI, S. 1, s. 104-106.

⁴⁸ 11. H.D. E. 1993/5034, K. 1994/4082, T. 10.5.1994. Karar metni için bkz. Nomer/Ekşi/Öztekkin, s. 594-595.

Yargıtay kararlarında halefiyet ilkesi gereği, sigortacının, taşıma sözleşmesinde yer alan tahkim şartı ile bağlı olduğu sonucuna varılmakla birlikte, sigortacının, zarar verenle ya da zarar verenin sigortacıyla tahkime gitme iradesinin bulunup bulunmadığı konusu incelenmemiştir.

Örneğin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 1995 yılında verdiği bir kararda⁴⁹ tahkim şartının sigortacıyı bağladığı, zira sigortacının, zarara uğrayanın hak ve –tahkim dahil- yükümlülüklerine halef olduğu ifade edilmiştir.

- Farklı taraflar arasındaki bağlantılı sözleşmelerde yer alan tahkim şartının, bu tahkim şartının yer aldığı sözleşmenin tarafı olmayan, ancak bağlantılı bir başka sözleşmeye ve bu sözleşmenin tarafı olan üçüncü kişiye teşmili konusunda Yargıtay olumsuz görüş beyan etmiştir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 2004 yılında verdiği kararında⁵⁰, taraf olmayan üçüncü kişiye tahkim şartının teşmil edilemeyeceğini hükme bağlamıştır: *“Tahkim şartı bir sözleşmenin taraflarının bu sözleşmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıklarının çözümünü hakeme bırakmak hususunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim şartını içeren sözleşme davacı şirket ile davalı M... Enerji Tic. A.Ş. arasında imzalanmıştır. Bu nedenle tahkim şartının sözleşmenin tarafı olmayan M... Corp.'a teşmili düşünülemez. Çünkü uyuşmazlıkların mahkemelerde görülmesi esastır. Tahkim sözleşmesi istisnai nitelikte olup sözleşmenin taraflarını bağlar.”*

Görüldüğü üzere, Yargıtay'ın tahkim anlaşmasının teşmili ile ilgili kararları belli konular etrafında toplanmaktadır.

II- Yabancı Hakem Kararlarının Teşmile Konu Üçüncü Kişilere Karşı (Üçüncü Kişiler Tarafından) veya Teşmil Söz Konusu Olmaksızın Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi Meselesi

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin hakemlerce kabul edilmiş olması, hakem kararının söz konusu üçüncü kişilere karşı tenfizi ihtimalini ortaya çıkarmaktadır⁵¹. Burada öncelikle teşmile konu üçüncü kişilere karşı (veya üçüncü kişiler tarafından) tenfizin mümkün görülüp görülmeyeceği in-

⁴⁹ Y.HGK, E. 1994/11-765, K. 1995/39, T. 1.2.1995 sayılı karar metni için bkz. <http://www.kazanci.com.tr> (10.3.2011).

⁵⁰ Y. 19. H.D., E. 2003/2654, K. 2004/2603, T. 11.3.2004. Karar metni için bkz. <http://www.hukukturk.com> (10.3.2011).

⁵¹ Pullé, A. I., *Enforcing Foreign Arbitral Awards Against Non-Signatories: A Plea for Strict Scrutiny*, Asia Pacific Law Review, 2008, Vol. 16, s. 177 vd.

celenmelidir.

Tenfiz açısından ortaya çıkması muhtemel bir diğer sorun, teknik anlamda tahkim anlaşmasının teşmiline ilişkin bir hakem değerlendirmesi tahkim yargılamasının başında yapılmamasına karşın, yargılama sürerken, hatta karar aşamasına yaklaşıldığı sırada üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına dahil edilmesi halinde, hakem kararının bu kişilere karşı (veya bu kişilerce) tenfizinin istenip istenemeyeceği meselesidir.

Son olarak dikkat çeken bir diğer olasılık ise, tahkim anlaşmasının teşmili veya tahkim yargılaması sırasında yargılamaya katılma/dahil edilme söz konusu olmadığı halde, tenfiz davasının üçüncü kişilere karşı açılıp açılmayacağına ilişkindir. Burada da, tenfiz davasının üçüncü kişilere karşı açılabilmesi için teşmil ile ilgili teorilere başvurulup başvurulamayacağı değerlendirilmelidir.

Tenfiz ve teşmil bağlantısı içinde bu tür soruların sorun olarak ortaya çıkması mümkündür. Çözümde hareket noktası, yabancı hakem kararının tenfiz şartları açısından ele alınmasıdır. Yabancı hakem kararlarının tenfizi ile tahkim anlaşmasının teşmili konusu arasındaki bağlantı, esasen gerek MÖHUK m. 62/1(a) gerek New York Sözleşmesi m. V/1(a) uyarınca kabul edilen tenfiz şartlarından birinin, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı olmasına dayanmaktadır. Aleyhine tenfiz istenen kişinin, hakem kararının dayanağı olan tahkim anlaşmasına taraf olması ve bu tahkim anlaşmasının geçerli bir anlaşma olması gerekir ki, diğer şartlar da varsa hakem kararı tenfiz edilebilsin.

Yukarıda işaret edilen sorunlara göre meselenin ayrı ayrı ele alınması mümkündür.

A) Teşmile Konu Üçüncü Kişilere Karşı Tenfiz⁵²

Yabancı hakem kararlarının tenfizi aşamasında, tenfiz mahkemesinin yapacağı inceleme, kararın, tenfiz şartları açısından değerlendirilmesi ile sınırlıdır. Hukukumuzda yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin düzenleme getiren MÖHUK ve New York Sözleşmesi hükümlerine göre, hakem kararlarının tenfiz edilebilmesinin şartlarından biri, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığıdır.

⁵² Metinde ağırlıklı olarak “üçüncü kişilere karşı tenfiz” ifadesi kullanılmakta ise de, tahkim anlaşmasının teşmil edildiği veya yargılamaya dahil olan üçüncü kişiler tarafından tenfiz davası açılmasının da muhtemel olduğu dikkate alınmalıdır.

Tahkimin iradi karakteri, tahkim yargılamasında taraf sıfatı taşıyan kişilerin, tahkime gitme iradelerinin tereddüde yer vermeyecek biçimde ortaya konulmasını gerektirmektedir. Kimlerin tahkim anlaşması ile bağlı olduğu sorunu, tahkim anlaşmasının esasına ilişkin bir geçerlilik sorunudur. Bir başka deyişle, bir kimsenin tahkim anlaşması ile bağlı olup olmadığı, tahkim anlaşmasının o kişi için geçerliliği ile ilgilidir⁵³. Dolayısıyla, prensip olarak tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine uygulanacak hukuka göre, üçüncü kişi bakımından geçerli bir tahkim anlaşması kurulup kurulmadığının incelenmesi gerekir⁵⁴. Geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığının hangi hukuka göre belirleneceği, New York Sözleşmesi m. V/1(a)'da, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk, böyle bir seçimin bulunmaması halinde ise tahkim yeri hukuku olarak öngörülmüştür. MÖHUK m. 62/1(e) hükmünde de, New York Sözleşmesi'nde yer alan düzenlemeye paralel bir şekilde, tahkim anlaşmasının, taraflarca seçilen hukuka, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem kararının verildiği yer hukukuna göre geçerli olması gereği ifade edilmiştir. Bu hükümler çerçevesinde tahkim anlaşmasının geçerliliğini, tenfiz aşamasında inceleyen hakimin, üçüncü kişi bakımından geçerli bir anlaşma bulunup bulunmadığını tespit etmesi gerekir.

Yukarıda teşmile dayanak teşkil eden hukuki durum, ilişki veya teoriler dikkate alındığında, üçüncü kişilerin zımnî olarak tahkime gitme iradelerinin ortaya konulduğu⁵⁵ veya tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gibi durumlarda iradeleri bulunmasa dahi tahkimde taraf olmalarının kabul edildiği ve hakemlerce kendilerine taraf sıfatı atfedildiği görülmektedir⁵⁶. Bütün bu durumlarda, tenfiz hakimi tarafından tahkim anlaşmasının üçüncü kişi bakımından geçerli olduğunun kabul edilebilmesi için, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk çerçevesinde üçüncü kişinin tahkime gitme iradesinin tespit edilmesi gerekir.

Hakemlerce tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin kabul edilmesi ve tahkim yargılamasının üçüncü kişinin de taraf (davacı veya davalı)

⁵³ Stucki, s. 3; Esen, s. 59 vd.; Şanlı, agm., s. 788.

⁵⁴ Stucki, s. 3; Esen, s. 71. Bu meselenin hakemler önünde karara bağlanması aşamasında uygulanacak hukukun tespitine ilişkin görüşler için bkz. Esen, s. 59-67.

⁵⁵ Poudret/Besson, s. 212.

⁵⁶ Stucki, s. 4-6; Courtney, s. 589-590. Tahkim anlaşmasının, New York Sözleşmesi'nde öngörülen "yazılı" olma şartının üçüncü kişi bakımından gerçekleşip gerçekleşmediği de ayrıca incelenmelidir. Stucki, s. 6-7; Poudret/Besson, s. 211. MÖHUK, tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğinin tabi olduğu hukuku ayrıca belirtmediğinden, bu konunun da esasa uygulanacak hukuka tabi olması kabul edilmektedir. Bkz. Esen, s. 72.

sıfatı kazanması suretiyle yürütülmesi sonucunda verilen hakem kararının, üçüncü kişi tarafından veya üçüncü kişiye karşı tenfizi ihtimali, tenfiz hakimi açısından, tahkim anlaşmasının geçerliliği çerçevesinde incelenir. Tahkim anlaşmasına uygulanan hukukta, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin kabul edilmemesi halinde, tenfiz hakimi üçüncü kişi tarafından veya üçüncü kişiye karşı tenfiz talebini, bu kişi bakımından geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığı gerekçesiyle reddedebilir⁵⁷. Tenfiz hakimi, tahkim anlaşmasının kapsamı veya üçüncü kişilere teşmili konusunda hakemlerce verilen ara kararı ile veya hakem tespiti ile bağlı değildir⁵⁸. Hatta, ABD hukukunda olduğu gibi, üçüncü kişinin tahkim yargılamasında davacı veya davalı sıfatıyla yer alabileceği konusunda verilmiş bir mahkeme kararı⁵⁹ bulunsa dahi, bu karar veya aynı konuda hakemlerce verilmiş bir ara kararı, tahkim sonunda verilecek hakem kararının teşmile ilişkin teoriler uyarınca bir başka ülkede tenfiz edileceği anlamına gelmez⁶⁰.

Türk hukukunda tenfiz aşamasında teşmil meselesinin yukarıda yer verilen teoriler çerçevesinde tartışıldığı bir karara bugün için rastlanmamıştır. Ancak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, üçüncü kişinin davacı sıfatıyla yer aldığı bir tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararının tenfizi davasında, hakemin, üçüncü kişinin davacı sıfatı taşıyabileceğine ilişkin ara kararının ve dayandığı hukuki gerekçelerinin, tenfiz aşamasında denetlenmesinin mümkün olmadığı yönünde bir değerlendirme yapmıştır⁶¹. Bu karar, üçüncü kişinin tahkime taraf olmasına ilişkin hakem ara kararının incelenemeyeceğini belirtmesi itibariyle, tenfiz incelemesinin niteliğine aykırı düşmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, tenfiz mahkemesi, geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcudiyetini araştırırken, hakemlerin konu ile ilgili tespiti ile bağlı değildir.

⁵⁷ Stucki, s. 8. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukuka göre üçüncü kişi açısından geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğu kanaatine ulaşılsa dahi, üçüncü kişiye tahkim anlaşmasının teşmilinin tenfiz ülkesinde kamu düzenine aykırılık nedeniyle engellenmesi ve tenfiz talebinin reddedilmesi mümkün olmalıdır.

⁵⁸ Esen, s. 42.

⁵⁹ Tahkime ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemelerde hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilecekleri genellikle kabul edilmekte ve teşmil konusunda da hakemlerce karar verilebileceği görüşü hakim eğilimi göstermektedir. Ancak Amerika Birleşik Devletleri'nde teşmil konusunda karar verme yetkisinin aynı zamanda federal mahkemelere tanındığı belirtilmelidir. Bkz.: Lamm/Aqua, s. 715-716; Pullé, s. 180. Ancak ABD'de mahkemelerin, hakemlerin konuya ilişkin yetkilerini kabul ettiği kararların varlığı da dikkat çekmektedir. Bkz. Esen, s. 38-39.

⁶⁰ Pullé, s. 180.

⁶¹ Y. 11. H. D., E. 2006/7396, K. 2007/6672 (Karar yayımlanmamıştır).

Bu nedenle, tenfiz hakiminin, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına taraf olma durumunu tespit etmesi gerekir⁶².

Tahkim anlaşmasının teşmiline konu olan üçüncü kişilere karşı tenfiz davalarının açıldığı ve bu davalarda teşmil meselesinin tartışıldığı yabancı mahkeme kararlarının sayısı ise daha fazladır⁶³.

⁶² Yargıtay kararına konu olan davada somut durum karar metninden tam olarak anlaşılama-makla birlikte, davacılarından birinin unvan değişikliği veya şirket devri nedeniyle tahkim anlaşmasına taraf olması hususu hakem kurulu tarafından incelenmiş ve bu konuda bir ara kararı verilmiştir.

⁶³ Örnek olarak bkz. *International Paper Company v. Schwabedissen & Anlagen GmbH*, 206 F.3d 411-420 (4th Cir. 2000), ICCA YBCA, XXV, 2000, s. 1146-1151. Bu karara konu olan davada Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Temyiz Mahkemesi, üçüncü kişiyi, dürüstlük kuralına dayanarak hakem kararına uymakla yükümlü tutmuştur.

Bir başka davada, yine ABD Temyiz Mahkemesi tarafından bu kez grup şirketler doktrinine dayanılarak hakem heyetinin, tahkim anlaşmasının ana şirkete teşmil edilebileceği yönündeki kararının, tenfiz mahkemesini bağlamayacağı ve ana şirketin tahkime gitme iradesinin araştırılması gerektiği belirtilerek ilk derece mahkemesinin tenfiz kararı bozulmuştur. Bkz. *Sarhank Group v. Oracle Corporation*, 404 F.3d 657 (2nd Cir. 2005). Karar hakkında bkz. Garfinkel, B. H./Herlihy, D., *Looking for Law in All the Wrong Places: The Second Circuit's Decision in Sarhank Group v. Oracle Corporaton*, Commentary, Mealey's International Arbitration Report, 2005, Vol. 20, No. 6, s. 1-3.

Moskova Bölge Mahkemesi'nce üçüncü kişiye teşmil sonucunda kararın bu kişiye karşı tenfizi talebinin reddine hükmedilen davada alacağın temlikinde tahkim şartının temlikine ilişkin bir irade beyanı bulunmadığı hususu belirleyici olmuştur. Bkz. Esen, s. 188, dn. 758'den naklen: *IMP Group (Cyprus) v. Aeroimp (Russian Federation)*, YBCA, Vol. 23, 1998, s. 745 vd. Kanada'da İngiliz Kolombiyası Temyiz Mahkemesi tarafından görülen *Javor v. Francoeur* davasında, hakem heyeti, tahkim anlaşmasının teşmiline konu üçüncü kişi ile davalı şirket arasında bir farklılık bulunmadığı gerekçesiyle (tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi uyarınca) hakem kararını, üçüncü kişiyi de kapsar şekilde vermiştir. Ancak Temyiz Mahkemesi, bu kararın üçüncü kişi aleyhine tenfizi talebini, New York Sözleşmesi'nin, tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişiler aleyhine tenfizi kapsamadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Bkz. Pullé, s. 187, dn. 24'ten naklen: *Javor v. Francoeur*, [2003] BCJ No. 480. *Svenska Petroleum Exploration AB v. Government of the Republic of Lithuania* davasına konu olan tahkim yargılamasında, davalı tarafta Litvanyalı eski bir devlet şirketi yer almış; tahkim anlaşmasının Litvanya devletine teşmili de tartışılarak hakemlerce olumlu sonuca varılmıştır. Tenfiz aşamasında İngiliz Yüksek Mahkemesi, Litvanya devletinin, tahkim anlaşmasının tarafı sayılıp sayılmayacağını ayrıca inceleyerek, anlaşmanın tarafı halinde geldiği kanaatine ulaştıktan sonra kararın tenfizine hükmetmiştir. Bkz. (2007) 1 All ER, s. 909. Karar hakkında bkz. Pullé, s. 191. Bu karar, Litvanya devletinin tahkim anlaşmasına taraf sayılıp sayılmayacağı meselesinin tahkim anlaşmasına dayanak olan taslak anlaşmalar ve Litvanya hukukuna ilişkin bilirkişi görüşleri doğrultusunda tenfiz aşamasında hakim, Litvanya devletinin taraf olduğuna kanaat getirmesi sonucunda verilmesi nedeniyle ayrıca önemlidir. Kararda devletin yargı bağımsızlığı konusunun da incelenmesi dikkate şayandır. Bu konuda bkz. Pullé, s. 192-195. Yargıtay'ın yukarıda değinilen kararında ise, tenfiz aşamasında, hakemlerin, üçüncü kişinin davacı sıfatı konusunda verdikleri ara kararın hukuken incelenemeyeceği belirtilmiştir ki, bu karar İngiliz Temyiz Mahkemesi'nin yerinde değerlendirmesi karşısında eleştiriye açıktır.

³ Kasım 2010 tarihinde İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından verilen *Dallah Real Estate &*

B) Tahkim Yargılaması Başladıktan Sonra Üçüncü Kişilerin Yargılamaya Dahil Edilmesi/Müdahale Etmesi ve Bu Suretle Verilen Hakem Kararlarının Tenfizi

Tahkim anlaşmasının teşmili, uygulamada esasen tahkim yargılamasının başında ileri sürülmekte ve konu üzerinde hakemlerce (veya mahkemece) bir ara karar verilmektedir⁶⁴. Teşmil, uygulamada gelişen ve bazı hakem (ve mahkeme kararlarında) kararlarında uygulama alanı bulan bir müessese olduğundan, bunun, yargılamanın hangi aşamasına kadar veya belli bir aşamaya kadar mümkün olduğuna ilişkin hukuki bir düzenleme de bulunmamaktadır⁶⁵.

Tourism Holding Company v The Ministry of Religious Affairs, Pakistan kararı ise, mahkemelerin tenfiz taraftarı eğiliminin tersine döndüğü yorumlarına yol açmıştır. Zira kararda, Pakistan devletinin, devlet şirketinin taraf olduğu anlaşmada yer alan tahkim anlaşmasına taraf haline gelmediği sonucuna varılarak tenfiz talebi reddedilmiştir. Mahkeme, hakemlerce Pakistan devletinin tahkim anlaşmasına taraf olduğu yolunda verilen kararın ve hakem heyetinin yetkisinin tenfiz mahkemesinde ayrıca incelenmesi gerektiği kanaatini bu kararda da tekrar etmiştir. Karar metni için bkz. http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC_2009_0165_Judgmentv2.pdf (15.5.2011). Karar ile ilgili yorumlar için bkz. http://www.biicf.org/private_international_law/herbert_smith_seminar_series (15.5.2011)

⁶⁴ Bevilacqua, T., *Voluntary Intervention and Other Participation of Third Parties in Ongoing International Arbitrations: A Survey of the Current State of Play*, World Arbitration and Mediation Review, 2007, Vol 1. No. 4, s. 507; Hanotiau, s. 338-339; Lamm/Aqua, s. 734-736.

⁶⁵ Bazı milli hukuk düzenlemelerinde ve tahkim kurumlarının kurallarında üçüncü kişilerin tahkime katılmaları veya dahil edilmeleri konusuna yer verilmiştir. Örneğin, Belçika Medeni Usul Kanunu m. 1696'da, ilgili üçüncü kişilerin hakem heyetinden tahkime müdahale etme talebinde bulunabilecekleri; taraflardan birinin, üçüncü kişiye ihbarda bulunabileceği belirtilmiştir. Her hal ü kârda üçüncü kişinin talebinin kabul edilebilmesi için, taraflarla üçüncü kişi arasında bir tahkim anlaşmasının var olması ve hakem heyetinin de oybirliği ile karar vermesi şartı aranmaktadır. Hollanda Medeni Usul Kanunu m. 1045'te, İtalyan Medeni Usul Kanunu m. 816'da ve 1997 tarihli İran Milletlerarası Tahkim Kanunu n. 26'da benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Milli hukuk düzenlerindeki bu hükümler ve birbirlerinden farklılıkları hakkında bkz. Bevilacqua, s. 519 vd.

Londra Milletlerarası Tahkim Divanı (*London Court of International Arbitration – LCIA*)'nın 1 Ocak 1998 tarihli Tahkim Kuralları m. 22/1/h'de, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, hakem heyetinin, taraflardan birinin başvurusu üzerine, üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına taraf olarak dahil olmasına, üçüncü kişi ve başvuruda bulunan taraf arasında yazılı anlaşma bulunması şartıyla izin verebileceği hükme bağlanmıştır. Hollanda Tahkim Kurumu (*Netherlands Arbitration Institute*) Tahkim Kuralları m. 41'de de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir.

1 Ocak 2004 tarihli İsviçre Tahkim Kuralları (*Swiss Rules of Arbitration*) m. 4/2 'de ise, açıkça derdest yargılamaya katılımdan söz edilmektedir. Bu hükme göre, üçüncü kişinin derdest yargılamaya katılmak istemesi veya taraflardan birinin, üçüncü kişinin katılmasını talep etmesi halinde, hakem heyeti, bütün taraflara danışarak, ilgili ve gerekli bütün şartları göz önüne alarak karar verir.

Konuya ilişkin olarak ICC Tahkim Kuralları'nda açık bir hüküm yoktur ve bugün için ICC tahkim uygulamasında üçüncü kişilerin hakemler tayin edildikten sonra yargılamaya

Ancak, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermeleri kapsamında değerlendirilerek, bu konuda bir ara karar ile üçüncü kişilerin yargılamaya dâhil edilmeleri konusunu genellikle yargılamanın başlangıcında hükme bağladıkları görülmektedir⁶⁶.

Üçüncü kişinin taraf sıfatıyla yargılamada yer alması, tahkim anlaşmasının teşmili anlamında, tahkim anlaşmasının kapsamına; yani tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuka tabi bir meseledir ve genellikle yargılamanın başlangıcında, hakemlerin kendi yetkilerini tayin çerçevesinde bu konuda bir karar vermeleri adil ve makuldür. Uygulamada da bu konu hakemlerce genellikle yargılamanın başında değerlendirilmektedir.

Buna karşılık, üçüncü kişinin yargılamanın daha ileri aşamalarında (sürmekte olan) yargılamaya dahil edilmesi veya katılması konusunda bir ayırım yapılması uygun olur⁶⁷. Üçüncü kişinin *tarafsıfatı olmaksızın* yargılamada yer alması, örneğin, davaya müdahale veya davanın ihbarı gibi usul hukukunda mevcut olan müesseseler çerçevesinde yargılamaya dahil olması, tahkim anlaşmasının kapsamına ilişkin bir mesele olarak değil, medeni usul hukukuna ilişkin bir konu olarak ele alınmalı ve tahkim usulüne uygulanan kurallara tabi

katılmasının kural olarak mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Bkz.: Hanotiau, s. 338-339; Esen, s. 300-301. Ancak ICC'nin 1998 tarihli Tahkim Kuralları'nın üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına katılmaları veya dahil edilmelerine imkan tanınacak şekilde değiştirilmesine ilişkin çalışmalar sürmektedir. Bkz. Shannon, V., *The Revision of the ICC Rules of Arbitration*, çevrimiçi: <http://www2.americanbar.org/calendar/section-of-international-law-2011springmeeting/Documents/Friday/Changing%20the%20Rules/The%20Revision%20of%20the%20ICC%20Rules%20of%20Arbitration.pdf> (20.5.2011). ICC tahkiminde hakemlerin davacının üçüncü kişileri dahil etmesine daha olumlu yaklaştığı ifade edilmektedir. Bkz. Whitesell, A. M./ Silva Romero, E., *Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience in ICC*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, 2003, s. 7 vd. Ancak üçüncü kişilerin özellikle davalı tarafından dahil edilmesi yönünde bir eğilimin de son yıllarda gelişmekte olduğu hakkında bkz. Bevilacqua, s. 514 vd.

⁶⁶ Bkz. Esen, s. 35 vd.

⁶⁷ Üçüncü kişilerin sürmekte olan yargılamaya katılmaları, özellikle tarafların rızalarının bulunmadığı hallerde nadiren gerçekleşen bir durumdur. Bu türden müdahale veya katılma halleri, genellikle ilgili bütün tarafların rızası ile hakemlerce mümkün görülmektedir. Bkz. Bevilacqua, s. 507-508. Ancak LCIA Tahkim Kuralları ve İsviçre Tahkim Kuralları'nda tüm tarafların rızası bir şart olarak aranmamıştır.

Üçüncü kişilerin sürmekte olan tahkime müdahale etmesi veya katılması konusu ayrıca bir çalışma konusu olabilecek niteliktedir. Ancak bu çalışma kapsamında, tenfiz açısından üçüncü kişilerin durumu ele alınmaktadır. Daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Poudret/Besson, s. 199-200; Bevilacqua, s. 507-538.

olarak değerlendirilmelidir⁶⁸, ⁶⁹. Bir başka deyişle, üçüncü kişi, tahkim usulüne uygulanan kurallar imkan verdiği takdirde bu şekilde yargılamaya dahil edilebilir veya dahil edilebilir. Tabii burada üçüncü kişinin, yargılama sonunda verilecek hakem kararından taraf sıfatı ile olmasa da etkilenip etkilenmeyeceği meselesi de tahkim usulüne uygulanan hukuka göre belirlenir⁷⁰.

Üçüncü kişinin, derdest yargılamada *taraf sıfatı taşımak üzere* yer alması ise, hem tahkim anlaşmasının kapsamına hem de usule ilişkin bir konudur ve tahkim usulüne uygulanan kurallar izin verdiği takdirde, hakemlerce (veya mahkemece) tahkim anlaşmasının teşmil edilip edilmeyeceği hükme bağlanır⁷¹.

Tahkim yargılamasına üçüncü kişilerin katılımı veya dahil edilmesi ile ilgili hüküm içeren pozitif düzenlemelerde, üçüncü kişilerin yargılamaya dahil olmasının veya taraflarca dahil edilmesinin, yargılamanın hangi aşamasına kadar mümkün olduğu veya hangi aşamasına kadar bu durumun teşmil olarak adlandırıldığı belli olmadığından, üçüncü kişilerin taraf sıfatı taşıyıp taşımayacakları önem taşır. Bu husus, yargılama sonunda verilecek hakem kararının etkileri bakımından da bir ayırım yapılmasını gerektirir.

Hakem kararı, tahkim anlaşmasının tarafları bakımından bağlayıcı bir etkiye sahiptir. Bu kararın, tahkim anlaşmasının teşmiline konu üçüncü kişiler bakımından bağlayıcı sayılıp sayılmayacağı, yukarıda ele alındığı üzere, tenfiz hakiminin üçüncü kişiler bakımından geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı konusunda yapacağı incelemeye göre belirlenir. Tahkim yargılamasının

⁶⁸ Esen, s. 301. Üçüncü kişilerin taraf sıfatı olmaksızın yargılamada yer almaları, tahkimin başlangıcında da söz konusu olabilir. Böyle bir talebin, bu aşamada da tahkim usulüne uygulanan hukuka ve/veya kurallara göre karara bağlanması gerekir. Burada önemli olan tahkim yargılamasının ne aşamada olduğundan çok, ilgili kişinin taraf sıfatı taşıyıp taşımayacağıdır. Ancak yargılamanın ileri aşamalarında, örneğin karar aşamasına yaklaşıldığı sırada, üçüncü kişinin kendi rızası ile dahi olsa taraf sıfatı ile veya taraf sıfatı taşımaksızın yargılamada yer alması, kararın yerine getirilmesi ve etkileri bakımından önem taşıdığı için, yargılama başladıktan sonra üçüncü kişilerin yargılamaya katılması veya dahil edilmesi konusu ayrı bir başlık altında ele alınmıştır.

⁶⁹ Sivil toplum kuruluşları gibi üçüncü kişilerin, özellikle devletin taraf olduğu tahkim yargılamalarında kamu yararı gerekçesiyle yargılamaya katılması da üçüncü kişilerin taraf sıfatı taşımaksızın yargılamada yer alması kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. Bevilacqua, s. 533 vd.; Levine, E., *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*, Berkeley Journal of International Law, 2011, Vol. 29:1, s. 200 vd.

⁷⁰ Esen, 295 vd.

⁷¹ Poudret/Besson, s. 199-200.

ileri bir aşamasında, hakemlerin, üçüncü kişinin taraf sıfatıyla yer almasını kabul etmiş olmaları durumunda, tenfiz hakiminin, hem tahkim anlaşmasının üçüncü kişi bakımından geçerli olup olmadığını, hem de diğer tenfizin reddi nedenlerini üçüncü kişi açısından ayrıca incelemesi gerekir. Örneğin, üçüncü kişinin usuli haklarına riayet edilip edilmediği, bu tür bir tenfiz davasında daha büyük bir önem taşır.

Üçüncü kişilerin, taraf sıfatı olmaksızın tahkim yargılamasında yer almış olmaları halinde ise, bu kararın, kendileri tarafından veya kendilerine karşı tenfizi davası açılmayacağı sonucuna varmak gerekir. Bu durumda, kararın kendileri için ne tür bir hüküm ifade edeceği konusunda, tahkim usulüne uygulanan hukuk belirleyici olur.

C) Tahkim Yargılamasında Teşmil Söz Konusu Olmamakla Birlikte Tenfiz Davasının Üçüncü Kişiye Karşı Açılması

Yabancı mahkeme kararlarında sınırlı da olsa örneklerine rastlanan bir diğer durum da, tahkim anlaşmasının teşmili söz konusu olmamakla birlikte, tahkim anlaşmasının taraflarına yönelik olarak verilen bir hakem kararının, üçüncü kişi aleyhine tenfizinin talep edilmesidir⁷². Bu sınırlı sayıdaki örneklerde teşmile ilişkin teorilerden özellikle külli halefiyet ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kapsamında hakem kararlarının, tahkim anlaşmasına taraf olmayan, yargılamada hiçbir şekilde yer almayan üçüncü kişiler aleyhine tenfiz edilebildiği görülmektedir. Özellikle ABD mahkemeleri, üçüncü kişinin ekonomik olarak daha güçlü olduğu bazı durumlarda, tahkimde taraf olan yan şirket veya devlet kuruluşu yerine üçüncü kişi aleyhine tenfiz kararı verme eğilimi göstermektedir⁷³.

Örnek olarak seçilen kararlardan ilki, halef aleyhine tenfiz kararı verilmesine ilişkindir. Külli halefiyet kapsamında, Alman mahkemesi tarafından verilen karara⁷⁴ konu davada, tahkim yargılamasının davalısı olan şirketin, hakem kararı verildikten sonra gerçekleşen devri sonucunda tenfiz talebi, şirketin yeni sahibine yöneltilmiş ve mahkeme, hakem kararının, tahkim yargılamasının tarafı olmayan bu kişi aleyhine tenfizine karar vermiştir⁷⁵.

⁷² Lamm/Aqua, s. 739.

⁷³ Lamm/Aqua, s. 739.

⁷⁴ Esen, s. 141-142, dn. 547'den naklen: Sanders, P., Commentary, YBCA, 1977, Vol 2, s. 255.

⁷⁵ Bkz. Esen, s. 141-142.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve külli halefiyet kapsamında, ABD mahkemesi tarafından verilen bir karara⁷⁶ konu olan davada ise, tahkim yargılaması, davacı A ve davalılar (B ve C) arasında yürütülmüştür. C tahkime kendi rızası ile sonradan, B'nin halefi olarak katılmıştır. Yargılama sonunda B ve C aleyhine hakem kararı verilmiştir. Hakem kararının davalılarca yerine getirilmemesi üzerine açılan tenfiz davasında, davalılardan C'nin yan şirketi olan X şirketi de, B'nin halefi sıfatıyla taraf olarak gösterilmiştir. Tenfiz mahkemesi, hakem kararlarının kural olarak tahkim anlaşmasının tarafları aleyhine tenfiz edilebileceğini; ancak bu kuralın üçüncü kişinin, tahkime taraf olan kişinin *alter egosu* olması halinde uygulanmayabileceğini ve X'in tenfiz davasında taraf sıfatı taşıyabileceğini ifade etmiştir. Mahkeme esasen X şirketinin, C'nin yan şirketi olması dolayısıyla C'nin *alter egosu* olmasından hareketle tenfiz davasında taraf olmasını kabul etmiştir⁷⁷.

Bu sınırlı sayıdaki karar örneklerinden hareketle, tahkim yargılamasında yer almayan üçüncü kişiler aleyhine hakem kararlarının tenfizinin genel olarak mümkün olduğu sonucuna varmak mümkün değildir. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin dahi tartışmalı bir konu olduğu; tahkim anlaşmasının nisbi karakterinin ağırlık taşıdığı dikkate alındığı takdirde; hakem kararının tahkimde taraf olmayan üçüncü kişiler aleyhine aynı teorilerden hareketle tenfizi, New York Sözleşmesi'nin geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığını arayan hükmü karşısında ancak istisnai bir yoruma dayanabilir. Ayrıca, üçüncü kişilerin tahkim yargılamalarında kendilerini savunma imkanlarının olmaması tenfize engel olabilecek bir diğer durumdur⁷⁸.

Ancak, özellikle külli halefiyette, Alman mahkemesinin kararında olduğu gibi, tahkim davasının tarafı olan şirketin hakem kararının verilmesinden sonra devredilmesi gibi hallerde, taraf sıfatının değişmesi anlamında tenfiz davasının halefe karşı açılıp açılmayacağı incelenmelidir.

Bilindiği üzere, külli halefiyet nedeniyle taraf sıfatının değişmesi, *dava açıldıktan sonra* taraflardan birinin ölmesi, tüzel kişiliğin son bulması gibi hallerde kanunen mümkündür⁷⁹.

⁷⁶ *Productos Mercantiles e Industriales SA v. Faberge USA Inc.*, 23 F.3d s. 41 (2d Cir. 1994). Karar metni için bkz. <http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/23/F3d.41.93-9111.1333.html> (15.5.2011). Karar hakkında bkz. Esen, s. 140.

⁷⁷ ABD mahkemeleri tarafından benzer durumlarda verilen diğer bazı tenfiz kararları için bkz. Lamm/Aqua, s. 739, dn. 104.

⁷⁸ Lamm/Aqua, s. 739.

⁷⁹ Kuru, C. I, s. 932; Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M., Medeni Usul Hukuku, B. 3, Ankara

İlk olarak ölüm halinde taraf sıfatı konusuna bakılacak olursa, resmi yargıda *dava açıldıktan sonra* davalının ölmesi durumunda para alacağına ilişkin davalarda, mirasçılara karşı davaya devam edilir. Bir kimse öldükten sonra da tereke ile ilgili olup konusu para alacağı olan davaların mirasçılara karşı açılması mümkündür⁸⁰.

Tahkim açısından bakıldığında ise, tahkim başlamadan önce kişi ölmüş ise, mirasçıları tahkim anlaşması ile bağlı değildir⁸¹. Tahkim anlaşması, taraflardan birinin ölümü halinde sona erer. Tahkim başladıktan sonra taraflardan biri ölmüşse, mirasçılara bildirimde⁸² bulunulur ve onlara karşı (veya onlar tarafından) yargılamaya devam edilir (MTK m.11/B).

Buna karşılık, hakem kararı verildikten sonra, ancak tenfiz davası açılmadan önce davalının (veya davacının) ölmesi durumunda tenfiz davası mirasçılara karşı (veya onlar tarafından⁸³) açılabilir mi? Burada konusu para alacağı olan davaların, murisin terekesine ilişkin olması nedeniyle genel hükümler çerçevesinde mirasçılara karşı açılabilirdiği dikkate alınmalıdır. Tahkimde de hükmün konusunun genellikle para alacağı olduğu açıktır. Bu nedenle, konusu para alacağı olan davanın, doğrudan doğruya mirasçılara karşı açılabilmesi gibi, para alacağını tespit etmiş bir yargı kararı olan hakem kararının tenfizi davasının da mirasçılara yöneltilebilmesi gerekir.

İkinci olarak tüzel kişiliğin sona ermesi, özellikle şirket birleşmesi ve devralma gibi durumlarda, kalan ya da yeni kurulan şirket, ortadan kalkan şirketlerin yerine geçer ve onlara ait tüm hak ve borçlar külli halefiyet ilkesine göre kalan ya da yeni kurulan şirkete geçer (Türk Ticaret Kanunu m. 151). Türü değiştirme halinde de, türü değişen şirketin, eskisinin devam olduğu açıkça

2004, s. 163.

⁸⁰ Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E., Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, B. 14, Ankara 2002, s. 267-269.

⁸¹ Esen, s. 146.

⁸² MTK m. 11/B/II'de bildirimde bulunulanların, tahkim yargılamasına devam edeceklerini açıkça diğer tarafa veya hakem(ler)e bildirmeleri gerektiği; aksi takdirde yargılamanın sona ereceği hükme bağlanmıştır.

⁸³ MÖHUK m. 52'de yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin olarak "Kararın tenfiz edilmesinde hukuki yararı bulunan herkes tenfiz isteminde bulunabilir" hükmü yer almaktadır. Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi davası açmak bakımından haleflerin bu hükme de dayanabilecekleri düşünülebilir. Ancak yabancı hakem kararlarının tenfizinde, mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin hükümlerden kıyasen uygulanması öngörülenler arasında m. 52 yer almadığından, yabancı hakem kararlarının tenfizinde "hukuki yararı bulunan herkes" in tenfiz davası açabileceği sonucuna varmak güçtür.

kabul edilmiştir (TTK m. 152)⁸⁴.

Öncelikle tahkim anlaşması akdedildikten sonra fakat henüz tahkime başvurulmadan önceki dönemde, tahkim anlaşmasına taraf olan bir şirketin şirket birleşmesine veya devralmaya konu olması durumuna ilişkin olarak bir ayırım yapmak gerekir. Eğer şirketin tüzel kişiliği sona ermeden birleşme, devralma gerçekleşmişse, tahkim anlaşmasının geçerliliğini koruyacağı kabul edilmelidir. Ancak birleşme veya devralma ile taraf şirketin tüzel kişiliğinin sona ermiş olması halinde tahkim anlaşması sona ermiş sayılmalıdır⁸⁵. Tür değiştirmede tüzel kişilik son bulmadığından tahkim anlaşması geçerliliğini korur.

Tahkim yargılaması başladıktan sonra taraf şirketin tüzel kişiliği son bulmak suretiyle şirket birleşmesinin gerçekleştiği hallerde ise, MTK m. 11/B gereği, yeni kurulan veya kalan şirkete halef sıfatıyla bildirimde bulunulur; bu şirket onay verdiği takdirde yargılamaya devam edilir.

Son olarak hakem kararı verilip de tenfiz davası açılmadan önce meydana gelen bir şirket devri, birleşmesi, tür değişikliği durumunda devralan, kalan veya türü değişen şirkete karşı (veya bunlar tarafından) tenfiz davası açılabilir. Burada külli halefiyet ilkesi gereği, devralan veya kalan şirket, birleşme veya devralmaya konu olan şirketin halefi sayıldığından, bu şirkete karşı (veya bu şirket tarafından) tenfiz davasının açılması gerekir. Zira hakem kararı ile hükme bağlanmış bir borç (ya da alacak) külli halefiyet gereği intikal eder. Tür değiştirmede de, tüzel kişiliğin devam ettiği kabul edildiğinden, tenfiz davası, hakem kararı verildikten sonra tür değiştiren şirkete karşı açılabilir.

Görüldüğü üzere, esasen külli halefiyette, tenfiz davasının üçüncü kişiye karşı açılması söz konusu değildir. Zira halefiyet, hak ve borçların halefin şahsında varlığını sürdürmesi anlamına geldiğinden, tenfiz davası herhangi bir alacak davası gibi halefe karşı açılmalıdır.

Külli halefiyet dışında kalan haller bakımından bir hakem kararının, tahkime taraf olmayan üçüncü kişi aleyhine tenfizi davasının açılması ise mümkün değildir. Zira tahkim anlaşmasının teşmilinin dahi tartışmalı olduğu

⁸⁴ 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu m. 153/1'de birleşme ile devrolunan şirketin bütün aktif ve pasiflerinin, devralan şirkete geçeceği; m. 180/1'de yeni türe dönüştürülen şirketin eskisinin devamı olduğu hükme bağlanmıştır.

⁸⁵ Esen, s. 147.

teorilere bakıldığında, bu teoriler kapsamında üçüncü kişilerin tahkimin en başında yargılamaya dahil edilmesi tartışılmaktadır. Hiçbir şekilde yargılamaya katılmayan üçüncü kişilerin, aynı gruba dahil şirketler söz konusu olsa da, hakem kararının tenfizi davasında taraf gösterilmeleri kabul edilemez. Bu hem tahkim anlaşmasının varlığının, hakem kararlarının tenfizinin bir şartı olması nedeniyle hem de husumet yokluğu nedeniyle davanın reddini gerektiren bir durumdur.

Ancak ABD kaynaklı tahkim uygulaması göstermektedir ki, özellikle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, grup şirketler teorisi veya bağlantılı sözleşmeler dolayısıyla üçüncü kişilere karşı tenfiz davalarının açılması yakın gelecekte mahkemelerce tartışılacak sorunlardan biri olmaya adaydır.

Sonuç

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili, yani tahkim anlaşmasının tarafları yanında üçüncü kişilerin de tahkimde taraf olup olamayacağı tartışmalı bir konudur. Tahkim anlaşmasının nisbi karakteri ve tahkimin, taraf iradelerine dayanan yapısı, üçüncü kişilerin taraf olmasını engeller. Ancak özellikle son yıllarda üçüncü kişilerin çeşitli gerekçelerle tahkim yargılamasında taraf olarak yer almaya başlaması, teşmilin hukuki dayanağını oluşturmak üzere bir takım gerekçeler ortaya atılmasına yol açmıştır. Bunlardan özellikle önemli ve etkili olanı halefiyet halinde tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline ilişkindir. Gerçekten halefiyet halinde, aslında doğrudan doğruya halefiyet nedeniyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Grup şirketler, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, bağlantılı sözleşmeler gibi teorilerle karşılaştırıldığında, halefiyetin aslında hukuken zorunlu bir şekilde tahkim anlaşmasının halefi kapsamı sonucunu doğurduğu görülmektedir.

Bu nedenle halefiyet ayrık tutulacak olursa, tahkim anlaşmasının teşmiline ilişkin teorilerin genel ve yaygın bir kabul gördüğünü söylemek güçtür. Çeşitli hakem kararlarında bu teorilere dayanılarak üçüncü kişilere taraf sıfatı atfedilmiş ve yer yer bu tür hakem kararlarına çeşitli ülke mahkemelerince de etki tanınmış ise de, bu durum bir genellemeye yol açmamalıdır.

Tenfiz açısından bakıldığında ise, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edildiği tahkim yargılamaları sonunda verilen hakem kararlarının üçüncü kişiler aleyhine tenfizine ilişkin yabancı mahkeme kararları mevcuttur. Ancak aksi yönde mahkeme kararları da vardır. Dolayısıyla, teşmil neticesinde hakem kararlarının üçüncü kişiler aleyhine tenfizinin mümkün olduğu;

özellikle New York Sözleşmesi'nin tahkim anlaşmasının varlığı şartını arayan hükmü karşısında kolay kolay ileri sürülemez. Aksine, bu tür hakem kararlarının, milli mahkemelerde tenfiz engeli ile karşılaşması olasılığı çok daha yüksektir.

Teşmilden farklı olarak, tahkim yargılaması sırasında üçüncü kişinin yargılamaya dahil olması veya dahil edilmesi halinde ise, üçüncü kişinin taraf sıfatı taşıyıp taşımadığına bakmak gerekir. Taraf sıfatı taşımaksızın yargılamaya dahil edilen veya müdahale eden üçüncü kişi aleyhine tenfiz zaten söz konusu olmamaktadır. Buna karşılık üçüncü kişinin taraf sıfatı taşıması halinde, kendisi tarafından veya kendisine karşı tenfiz olasılığı doğar.

Son olarak teşmil veya müdahale söz konusu olmadığı halde, hakem kararı verildikten sonra hakem kararının üçüncü kişilere karşı tenfizi davasının açılması ise, hakem kararının, tahkim anlaşmasının tarafları arasında hüküm ifade etmesi nedeniyle mümkün değildir. Ancak son derece istisnai ve sınırlı bazı durumlarda, hakem kararı verildikten sonra ancak tenfiz davası açılmadan önce külli halefiyet çerçevesinde, tenfiz davasının, halefe karşı veya halef tarafından açılması mümkün görülebilir.

Kaynakça

- Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007.
- Bagot, M. H./Henderson, D. A.: *Not Party, Not Bound? Not Necessarily: Binding Third Parties to Maritime Arbitration*, Tulane Maritime Law Journal, 2001-2002, Vol. 26, s. 414-461.
- Bamforth, R./Tymczynszyn, I./Fleet, A. V./Correro, M. A.: *Joining Non-Signatories to an Arbitration: Recent Developments*, Dispute Resolution 2007/08, Vol. 2: Arbitration, s. 9-13.
- Bevilacqua, T.: *Voluntary Intervention and Other Participation of Third Parties in Ongoing International Arbitrations: A Survey of the Current State of Play*, World Arbitration and Mediaton Review, 2007, Vol 1. No. 4, s. 507-537.

- Born, G. B.: *International Commercial Arbitration – Commentary and Materials*, The Hague 2001.
- Courtney, T.: *Binding Non-Signatories to International Arbitration Agreements: Raising Fundamental Concerns in the United States and Abroad*, *Richmond Journal of Global Law & Business*, 2009, Vol. 8:4, s. 581-594.
- Eisen, C.L.: *What Arbitration Agreement? Compelling Non-Signatories to Arbitrate*, *Dispute Resolution Journal*, 2001, May/July 2001, s. 42-45.
- Ekşi, N.: *Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları*, İstanbul 2004.
- Esen, E.: *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*, İstanbul 2008.
- Fouchard, P./Gaillard, E./Goldman, B./Savage, J.: *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague 1999.
- Garfinkel, B. H./Herlihy, D.: *Looking for Law in All the Wrong Places: The Second Circuit’s Decision in Sarhank Group v. Oracle Corporation*, *Commentary*, *Mealey’s International Arbitration Report*, 2005, Vol. 20, No. 6, s. 1-4.
- Hanotiau, B.: *Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts – Parties – Issues*, *Journal of International Arbitration*, 2001, Vol. 18, S. 3, s.251-360.
- Kalpsüz, T.: *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, Ankara 2007.
- Kuru, B.: *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. VI, İstanbul 2001.
- Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.: *Medeni Usul Hukuku*, Ders Kitabı, B. 14, Ankara 2002.
- Lamm, C. B./Aqua, J. A.: *Defining the Party – Who is a Proper Party in an International Arbitration Before AAA and Other International Institutions*, *George Washington International Law Review*, 2002-2003, Vol. 34, s. 711-741.
- Levine, E.: *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*, *Berkeley Journal of International Law*, 2011, Vol. 29:1, s. 200-224.

- Lew, D. M. J./Loukas, A./Mistelis, S. K.: *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague 2003.
- Nomer, E./Ekşi, N./ Öztekin, G.: *Milletlerarası Tahkim*, B. 2. İstanbul 2003.
- Park, W. W.: *Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma*, *Multiple Parties in International Arbitration*, Oxford 2009, s. 1-31.
- Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.: *Medeni Usul Hukuku*, B. 3, Ankara 2004.
- Poudret, J. F./Besson, S.: *Comparative Law of International Arbitration*, Londra 2007.
- Pullé, A. I.: *Enforcing Foreign Arbitral Awards Against Non-Signatories: A Plea for Strict Scrutiny*, *Asia Pacific Law Review*, 2008, Vol. 16, s. 177-196.
- Redfern, A./Hunter, M.: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londra 1999.
- Sentner, J. J.: *Who is Bound by Arbitration Agreements? Enforcement by and against Non-Signatories*, *Business Law International*, 2005, Vol. 6, s. 55-75.
- Shannon, V.: *The Revision of the ICC Rules of Arbitration*, çevrimiçi: <http://www2.americanbar.org/calendar/section-of-international-law-2011-spring-meeting/Documents/Friday/Changing%20the%20Rules/The%20Revision%20of%20the%20ICC%20Rules%20of%20Arbitration.pdf> (20.5.2011).
- Stucki, B.: *Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories*, ASA Conference of September 29, 2006, Çevrimiçi: <http://www.arbitration-ch.org/below-40/pdf/extension-bs.pdf> (5.3.2011).
- Şanlı, C.: *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, B. 3, İstanbul 2005.
- Şanlı, C.: *Konşimentonun Devri, Alacağın Temliki ve "Perdeyi Kaldırma Teorisi" Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konşimentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu*, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e

Armağan, 2002, Y. 22, S.2, s. 773-789.

Whitesell, A. M./ Silva Romero, E.: *Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience in ICC*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, 2003.

Zuberbühler, T.: *Non-Signatories and the Consensus to Arbitrate*, ASA Bulletin, 2008, Vol. 26, s. 18-34.

ANONİM ŞİRKETLERDE AYNİ SERMAYE TAAHHÜTLERİNİN YERİNE GETİRİLMESİNE YÖNELİK İHTİYATİ TEDBİRLER

Aytekin ÇELİK*

ÖZET

Anonim şirketlerin kuruluşunda ortakların taahhüt ettikleri aynî sermayeyi, şirketin tescilinden önce bir başkasına devretmeleri veya aynî sermayeleri üzerinde sınırlı bir aynî hak tesis etmeleri mümkündür. Bu sebeple kuruculara, ayni sermaye taahhütleri üzerinde ihtiyati tedbir talebinde bulunma hakkı tanınmıştır.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre anonim şirkete ayni sermaye taahhüdünde bulunabilmek için bazı işlemlerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu işlemlerin yerine getirilmesiyle birlikte ihtiyati tedbirlere duyulan ihtiyaç da oldukça azalacaktır.

***Anahtar Kelimeler:** anonim şirket, ayni sermaye, kurucu, ihtiyati tedbir, sermaye taahhüdü*

SOME INTERIM INJUNCTIONS TO IMPLEMENT THE REAL CAPITAL SUBSCRIPTIONS IN THE JOINT STOCK COMPANIES

ABSTRACT

At the time of the establishment of the joint stock companies it is probable for shareholders to transfer their real capitals to others only before the registration of the company or constitute limited real rights on their capital subscriptions that they assured. For this reason, founders were given the right to request the interim injunctions on real capital subscriptions. Unlike the Law No. 6762 of Turkish Commercial Code, under the Law No. 6102 of Turkish Commercial Code, certain procedures must be fulfilled in order to be able to undertake the real capital. With the help of these changes, the need for the interim injunctions will decrease considerably.

***Keywords:** joint stock company, real capital, founder, interim injunction, capital subscription*

* Yrd. Doç. Dr., KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, aytekincelik@hotmail.com.

I- GİRİŞ

Sermaye, şirket sözleşmesinin en önemli unsurlarından birisidir. Şirketlerin iktisadi konularda faaliyet göstermeleri, sermayenin varlığını da zorunlu kılmaktadır. Bundan dolayı bütün şirket türlerinde her bir ortağa sermaye taahhüdünde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. Sermaye taahhüdünde bulunmadan bir şirkete ortak olmak mümkün değildir¹.

Sermaye, anonim şirketlerde diğer şirketlere nazaran daha fazla önem taşımaktadır. Zira anonim şirketlerde ortaklarca taahhüt edilen sermayenin şirkete getirilmesi hem şirket tüzel kişiliği hem de alacaklılar açısından oldukça önemlidir. Anonim şirketlerin faaliyetlerini yerine getirebilmesi ve amaçlarını gerçekleştirebilmesi taahhüt edilen sermayenin şirkete getirilmesiyle mümkündür. Bunun dışında anonim şirketlerde ortakların şirket borçlarından dolayı ikinci dereceden ve sınırlı bir şekilde sorumlu olmalarından dolayı şirket sermayesi alacaklılar açısından teminat teşkil etmektedir². Anonim şirketlerde sermayenin özellikle şirket tüzel kişiliği ve alacaklılar açısından taşıdığı önem sebebiyle sermayenin teminine ilişkin pek çok düzenlemeye yer verilmiştir. Anonim şirketlerin kuruluşunda asgari sermaye tutarının belirlenmesi (TTK m. 272 (YTTK m. 332))³, sermayenin tamamen taahhüt edilmesi zorunluluğu (TTK m. 285/1 (YTTK m. 335)), sermayenin tamamen taahhüt edildiğine ilişkin noter onayı ve işlem denetçisi raporu (YTTK m. 341, 351), nakdi sermaye taahhütlerinin ifa edilecekleri azami sürenin

¹ **Poroy**, Reha (**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin) Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2010, N. 51; **Arslanlı**, Halil/**Domaniç**, Hayri, Ticaret Kanunu Şerhi, C.III, İstanbul 1989, s. 103; **Morse**, Geoffrey, Charlesworth's Company Law, Seventeenth Edition, London 2005, s. 142; **Arslanlı**, Halil, Anonim Şirketler, C. I, İstanbul 1959, s. 16; **Steiger**, Von, İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku, Çev. Çağa, Tahir, İstanbul 1968, s. 6, 117; **Domaniç**, Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I, İstanbul 1988, s. 458; **Doğanay**, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 4. Bası, C.I, İstanbul 2004, s. 1216; **Ansay**, Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1982, s. 227; **Bilgin**, Yüksel, Sermaye Ortaklıklarında Katılma Payı ve Hukuksal Sonuçları, Ankara İTİAD, 1978, C. 10, Sa. 1-2, s. 175, 193; **Domaniç**, Hayri, Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1988, s. 156, 157.

² **Pennington**, Robert R., Company Law, Eighth Edition, Great Britain 2001, s. 159; **Morse**, s. 139, 141; **İzmirli**, Yadigar, Türk Ticaret Kanununa Göre Tasfiye Memurlarının Görev, Yetki ve Sorumlulukları, Ankara 2001, s. 162; **Baştuğ**, İrfan, Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması, İzmir 1966, s. 8, 63; **Göle**, Celal, Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt, Ankara 1976, s. 54.

³ 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 01.07.2012 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılacaktır. Bundan dolayı bu çalışmada hem mer'i Türk Ticaret Kanunu hem de Yeni Türk Ticaret Kanunu'ndaki düzenlemelere yer verilecektir.

belirlenmesi (YTTK m. 344), taşınmaz sermaye taahhütleri konusunda şirkete tapuda tek taraflı olarak tescil talebinde bulunma yetkisinin verilmesi (TTK m. 285/2 (YTTK m. 128/6)), anonim şirketin kendi paylarını taahhüt etmesinin yasaklanması (TTK m. 329 (YTTK m. 388)), aynî sermaye taahhütlerinin değerinin bilirkişiler tarafından belirlenmesi (TTK m. 303/2 (YTTK m. 343)), sermaye taahhütleri konusunda usulsüzlük yapanların hukuki ve cezai açıdan sorumlu tutulmaları (TTK m.306 vd.,(YTTK m.549 vd.)), itibari değerden aşağı bedelle hisse senedi çıkartılmaması (TTK m.286 (YTTK m.347)) ve anonim şirketin kendi paylarını kural olarak iktisap edememesi (TTK m. 329 (YTTK m. 379)) bu düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.

Anonim şirketlere hem nakdi hem de aynî sermaye taahhüdünde bulunulabilir⁴. Bu çerçevede anonim şirketlere sermaye olarak para, mal ve haklar getirilebilir. Ancak Kanun veya esas sözleşmede aksi yönde bir düzenleme yoksa sermaye taahhütlerinin şirketin kuruluş aşamasında hemen yerine getirilmesi gerekmez. Sermayenin taahhüt edilmesi bu açıdan yeterlidir.

Sermaye taahhütlerinin yerine getirilme usul ve şartları sermaye taahhüdünün konusuna göre farklı şekillerde düzenlenmiştir. Buna göre anonim şirketlerde nakdi sermaye taahhütlerinin ödenme şekil ve şartlarının esas sözleşmede düzenlenmesi zorunludur (TTK m.279/2/3 (YTTK m. 339/2/c)). Ancak esas sözleşmedeki düzenlemelerin Kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmemesi gerekir⁵. Aynî sermaye taahhütlerinin

⁴ Anonim şirketlere sermaye olarak taahhüt edilebilecek para dışındaki şeylerin nakden değerlendirilebilmesi ve devrolunabilmesi gerekir (**Domanıç**, Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi C.II, İstanbul 1988, s. 6; **Tekil**, Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 101; **Pennington**, s. 172; **Göle**, s. 12,13; **Davran**, Bülent, Sermaye Şirketlerinde Apor Meseleleri, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 10-18 Mayıs 1961, Ankara 1962, s. 8; **Steiger** (Çev. Çağa), s. 25; **Ansay**, s. 33; **Bahtiyar**, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2007, s. 34; **Bahtiyar**, Mehmet, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001, s. 135; **Peltzer**, Martin/**Hickinbotham**, Anthony G., Aktiengesetz und Mitbestimmungsgesetz, Köln 1999, s. 6). Bu sebeple iktisadi değer taşımalarına rağmen şahsi emek, ticari itibar ve mesleki bilginin anonim şirketlere sermaye olarak taahhüt edilebilmeleri mümkün değildir (**Morse**, s. 142; **Pennington**, s. 172, **Göle**, s. 16; **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu), N. 127b; **Davran**, s. 8 **İmregün**, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1968, s. 20; **Domanıç**, C.II, s. 202; **Peltzer/Hickinbotham**, s. 6). Bu konuda ayrıca bkz. YTTK m. 342/1; AktG §27(2).

⁵ Türk Ticaret Kanunu'nda nakdi sermaye taahhütlerinin yerine getirilmesi gereken azami bir süreye yer verilmemiştir. Ancak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın 2003/3 sayılı Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Ana Sözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliği'ne göre nakdi sermayenin en az 1/4'ünün şirketin kuruluşundan itibaren en geç üç ay içerisinde, geriye kalan kısmın ise en geç üç yıl içinde ödenmesi gerekir. YTTK m. 344/1'de ise nakdi sermaye taahhütlerinin en az %25'inin şirketin tescilinden önce, geriye

ise şirketin tesciliyle birlikte yerine getirilmesi gerekir. Zira aynî sermaye taahhütleri şirketin tesciliyle birlikte muaccel hale gelir⁶. Esas sözleşmede aynî sermaye taahhütlerinin yerine getirilme şekil ve şartlarına ilişkin farklı düzenleme yapılması mümkün değildir⁷.

Sermaye taahhüdünde bulunulmasıyla birlikte ortak, şirkete karşı borçlu hale gelir⁸ (TTK m. 140/1 (YTTK m. 128)). Ortağın sermaye koyma borcundan kurtulabilmesi için esas sözleşmede (veya iştirak taahhütnamesinde) belirtilen miktar ve türdeki sermayeyi şirkete getirmesi gerekir. Aksi halde ortağın şirkete karşı sermaye koyma borcu devam eder. Bu sebeple aynî sermaye taahhütlerinin nakit olarak, nakdi sermaye taahhütlerinin ise aynî olarak ifa edilmesi mümkün değildir⁹. Aynı şekilde ortağın aynî sermaye taahhüdüne konu olan mal veya haklardan farklı bir şeyi şirkete getirmesi de sermaye koyma borcunu sona erdirmez.

Anonim şirketlerde sermaye taahhütlerinin esas sözleşmede belirtilen şekilde yerine getirilmesi oldukça önemlidir. Bu durum aynî sermaye taahhütlerinde nakdi sermaye taahhütlerine nazaran daha fazla önem taşımaktadır¹⁰. Zira nakdi sermaye taahhütlerinin esas sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirilmemesi durumunda şirketin aynen ifa, icra takibi, gecikme faizi, cezai şart ve ıskat yollarını kullanarak bakiye sermaye koyma

kalan kısmın ise şirketin tescilinden itibaren 24 ay içerisinde ödenmesine ilişkin bir düzenleme yapılmıştır.

⁶ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 1025; **Karayalçın**, Yaşar, Para Değerinde Değişmeler - Yabancı Sermaye ve Anonim Şirketlerde Aynî Pay, Mahmut Koloğlu'na 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 518; **Eriş**, Gönen, Açıklamalı-İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticarî İşletme ve Şirketler, Ticaret Şirketleri-Madde 223-556, 2.Cilt, 4.Baskı, Ankara 2007, s. 2370; **İmregün**, s. 223; **Ansay**, s. 77; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 159.

⁷ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 1025.

⁸ Bu konuda bkz. YHGK 1.3.1967 tarih ve E 1511, K. 133 sayılı kararı (ABD, Y.1967, Sa. 1, s. 502).

⁹ **Hirs**, Ernst E., Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948, s. 275. Ancak *Domanic*'e göre şirketin kabul etmesi durumunda temerrüde düşen pay sahibinin bir malını şirkete satması ve bedelini sermaye koyma borcuna karşılık şirkete bırakması veya vadesi gelmiş alacaklarını sermaye koyma borcuyla takas etmesi de mümkündür (**Domanic**, C.II, s. 724).

¹⁰ Sermaye koyma borcu iki aşamalı bir borçtur. Bu borcun bir aşamasını taahhüt aşaması diğeri de tasarruf aşaması oluşturur. Sermaye olarak bir taşınır taahhüt edilmesi bu taşınır üzerindeki tasarruf hakkının ortaklığa geçtiği anlamına gelmez. Taşınırın mülkiyetinin veya üzerindeki diğer bir hakkın şirkete tarafından iktisap edilebilmesi için taşınır üzerindeki zilyetliğin anonim şirkete geçirilmesi gerekir. Taşınmazlar üzerinde de tapu sicilinde şirket adına tescil yapılmadan mülkiyet hakkı şirket tarafından kazanılamaz (**Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 1029).

borcunu ve uğradığı zararı tahsil edebilmesi mümkündür. Ancak aynî sermaye taahhütlerinin yerine getirilmemesi durumunda kanun ve esas sözleşmedeki hükümler çerçevesinde bu taahhütlerin esas sözleşmede belirtilen şekilde yerine getirilmesinin sağlanması mümkün olmayabilir. Zira aynî sermaye koyma borcunun ifasında temerrüde düşülmesi halinde ortaktan aynen ifa talebinde bulunulabilmesi için sermaye olarak taahhüt edilen şeyin ortağın tasarrufunda bulunması gerekir. Ancak sermayenin taahhüt edildiği aşama ile sermaye koyma borcunun muaccel olduğu aşama arasında ortağın aynî sermaye taahhüdüne konu olan şeyi bir başkasına devretmesi, bu şey üzerinde sınırlı bir aynî hak veya alacak hakkı tesis etmesi durumunda sermaye taahhüdünün esas sözleşmede belirtilen şekilde yerine getirilmesi mümkün değildir. Bu sebeple aynî sermaye taahhüdüne konu olan şeylerin, taahhüt edildikleri tarihle yerine getirilecekleri tarih arasında bir başkasına devredilmesinin ve üzerinde sınırlı bir aynî hak tesis edilmesinin engellenmesi gerekir. Bundan dolayı kuruculara aynî sermaye taahhütlerinin aynen yerine getirilmesinin teminat altına alınması amacıyla ihtiyati tedbir talebinde bulunma hakkı tanınmıştır¹¹ (TTK m. 140/5, YTTK m. 128/8)¹². Bu şekilde aynî sermaye taahhüdüne konu olan şeylerin sermaye koyma borcu muaccel hale gelmeden önce bir başkasına devredilmesi, üzerinde sınırlı bir hak veya alacak hakkı tesis edilmesinin önüne geçilebilmektedir. Sermayenin temini ve korunmasına ilişkin düzenlemelerden sonuç alınabilmesi açısından ihtiyati tedbir müessesesi oldukça önemlidir. Ancak YTTK m. 128 ile getirilen diğer düzenlemelerle ihtiyati tedbir talebinde bulunma yetkisini düzenleyen YTTK m. 128/8'e duyulan ihtiyaç oldukça azalmıştır.

Sermaye koyma borcunun yerine getirilmesine yönelik ihtiyati tedbir talebinde bulunma yetkisi ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümler içerisinde düzenlenmiştir (TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8)). Bu sebeple söz konusu düzenlemenin bütün ticaret şirketleri açısından uygulanabilmesi mümkündür. Ancak bu çalışmada söz konusu düzenleme sadece anonim şirketler açısından ele alınacaktır.

¹¹ *Tekinalp*, anonim şirketler açısından TTK m.140/5'e başvurulmasının ihtiyari olmaktan çıktığını ileri sürmektedir (**Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 1029).

¹² *Domaniç*, TTK m. 140/5'deki düzenlemeyi "fuzuli" olarak nitelendirmekte, söz konusu düzenleme olmasa dahi HUMK m. 101 vd. hükümleri çerçevesinde ihtiyati tedbir talebinde bulunulabileceğini ileri sürmektedir (**Domaniç**, C.I, s. 462).

II-SERMAYE KOYMA BORCUNUN YERİNE GETİRİLMESİNE YÖNELİK İHTİYATİ TEDBİR TALEBİNDE BULUNULMASI

A- GENEL OLARAK

İhtiyati tedbir konusu esas olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir¹³(HMK m. 389 vd.). Ancak ihtiyati tedbirler konusundaki düzenlemeler Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki hükümlerle sınırlı değildir. Bazı özel kanunlarda da ihtiyati tedbirlere ilişkin çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir¹⁴. Sermaye koyma borcunun yerine getirilmesine ilişkin ihtiyati tedbirler de Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8)) düzenlenmiştir.

Özel kanunlarda düzenlenen ihtiyati tedbirler Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine tabi olmadıkları gibi onun bir parçasını da oluşturmazlar. Bu nedenle ihtiyati tedbirler konusunda öncelikle ilgili kanunlardaki özel düzenlemeler uygulama alanı bulur. Dolayısıyla hâkim, özel kanunlara göre ihtiyati tedbir kararı verirken Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda bir araştırma yapmaz, özel kanunlarda belirtilen şartların gerçekleşmesi durumunda ihtiyati tedbir kararı verir¹⁵. Ancak bu durum özel kanunlarda düzenlenen ihtiyati tedbirlere Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin hiçbir şekilde uygulanmayacağı anlamına gelmez. Özel kanunlarda düzenlenmeyen konular ile genel hükümlere atıf yapılan hallerde Hukuk

¹³ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile 01.10.2011 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılacaktır. Bundan dolayı bu çalışmada hem Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemelere yer verilecektir.

¹⁴ Mesela TTK, MK, BK, FSEK, İİK ve diğer mevzuatta ihtiyati tedbirlere ilişkin hükümler bulunmaktadır. Ancak özel kanunların bir kısmında ihtiyati tedbir başlığı altında teknik anlamda ihtiyati tedbir niteliğinde olmayan geçici hukuki himaye tedbirlerine yer verilmiştir (**Yılmaz**, Ejder; Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C.I, Ankara 2001, s. 671; **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2010, s. 617; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 10. Bası, Ankara 2011, s. 660). Özel kanunlarda düzenlenen ihtiyati tedbirler için bkz. **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, 5. Baskı, İstanbul 1991, s. 3065 vd.; **Özekes**, Muhammet, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, Sa. 2, Y. 2002, s. 89-137; **Yıldırım**, Nevhis Deren, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1999.

¹⁵ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 617; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 662, 668; **Yılmaz**, s. 868; **Kuru**, s. 3065.

Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır¹⁶. Bu sebeple TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8)'de düzenlenmeyen konularda Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulama alanı bulur.

İhtiyati tedbir, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı veya hakkın elde edilmesinin tamamen imkânsız hale geleceği yahut gecikme sebebiyle bir sakıncanın veya ciddi bir zararın doğacağı endişesinin söz konusu olduğu durumlarda uyuşmazlık konusu hakkında dava açılmadan veya açıldıktan sonra fakat henüz kesin hükme bağlanmadan mahkemece tanınan hukuki himayeye denir¹⁷ (HMK m. 389). İhtiyati tedbirin konusu bir mala ilişkin (taşınır veya taşınmaz) olabileceği gibi konusu mal olmayan konularda da ihtiyati tedbirler uygulama alanı bulabilir¹⁸.

İhtiyati tedbir müessesesi yargılama sonucunda ortaya çıkacak kararı etkisiz bırakmamak amacıyla ortaya çıkmıştır¹⁹. HMK m. 389'da belirtilen endişelerin gerçekleşmesi durumunda dava sonucunda verilecek olan kararın uygulanma imkânı ortadan kalkabilir. Zira davacının dava sırasında dava konusu hakka kavuşmasının tehlikeye girmesi her zaman mümkündür²⁰. Davacının malına kavuşmasının tehlikeye girmesi davalının bir takım hareketlerinden kaynaklanabileceği gibi²¹ dava konusu malın veya hakkın mahiyetinden de kaynaklanabilir²².

¹⁶ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 662; **Özekes**, s. 94, 95.

¹⁷ 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda ise ihtiyati tedbir kavramı tanımlanmakla birlikte "tehirinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hallerde tehlike veya zararı defî için" hâkimin ihtiyati tedbir kararı verebileceği düzenlenmiştir (HMUK m. 103).

¹⁸ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 663; **Özkan**, Hasan, İhtiyati Tedbir, Delil Tespiti ve İhtiyati Haciz ile Kamu Alacağı'nın Tahsilinde İhtiyati Haciz, 2.Bası, Ankara 1997, s. 5; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 626.

¹⁹ **Alangoya**, H.Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Yıldırım**, N. Deren, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 405; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 658, 659, 661; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 613.

²⁰ **Kuru**, s. 3048; **Postacıoğlu**, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1962, s. 347; **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, s. 405; **Özekes**, s. 92, 93; **Önen**, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 99; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 613; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 658, 663.

²¹ Davalı dava sırasında dava konusu malı bir başkasına temlik edebileceği gibi mala zarar da verebilir.

²² **Kuru**, s. 3049; **Önen**, s. 100; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 613; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 660, 665.

İhtiyati tedbirler genel olarak üçlü bir tasnife tabi tutulmaktadır²³. Bu tasnife göre ihtiyati tedbirler teminat amaçlı²⁴, düzenleme amaçlı²⁵ ve ifa amaçlı²⁶ olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Sermaye koyma borcunun yerine

²³ **Yılmaz**, s. 170; **Üstündağ**, Saim, İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1981, s. 13; **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, s. 405; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 661. *Üstündağ*, bu ayırımın Alman hukukunda söz konusu olduğunu Türk hukukunda böyle bir düzenlemenin söz konusu olmadığını ileri sürmektedir (**Üstündağ**, s. 15).

²⁴ Teminat amaçlı ihtiyati tedbirler, talepte bulunan kişinin dava sonucunda haklı çıkması halinde uyuşmazlık konusu mal üzerindeki haklarını rahatça kullanabilmesini sağlamaya yönelik ihtiyati tedbirler olarak tanımlanmaktadır (**Üstündağ**, s. 13; **Yıldırım**, s. 3; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 661). Taşınır ve taşınmaz malların aynına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda ihtiyati tedbir olarak bunlara el konulması veya taşınmazlar üzerine tapuda devir yasağı şerhi konulması (HMK m. 391/1) teminat amaçlı ihtiyati tedbirlere örnek teşkil etmektedir. Aynı şekilde uyumsuzluk konusu şeyin korunması için gerekli olan her türlü tedbirin alınması da teminat amaçlı ihtiyati tedbirlere örnek olarak gösterilebilir. Her iki örnekte de uyuşmazlık konusu şey koruma altına alınmakta, lehine ihtiyati tedbir kararı verilen kişi açısından teminat amacı sağlanmaktadır (**Yılmaz**, s. 170; **Üstündağ**, s. 16; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 661; **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, s. 405). Türk hukukunda ihtiyati tedbirin tanımı yapılırken genellikle teminat amaçlı ihtiyati tedbirlerden hareket edilmiştir (**Yılmaz**, s. 171). Mesela, *Kuru/Arslan/Yılmaz*, ihtiyati tedbiri davacının davayı kazanması halinde dava konusu mala kavuşmasını davadan önce veya dava sırasında teminat almaya yarayan tedbirler şeklinde tanımlamıştır (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 613). *Kuru* da ihtiyati tedbirleri aynı şekilde tanımlamaktadır (**Kuru**, s. 3049). Hatta *Üstündağ*, ihtiyati tedbirlerin ancak teminat amaçlı olarak konulabileceğini ileri sürmektedir (**Üstündağ**, s. 11).

²⁵ Düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirlerin amacı ise geçici bir durumun adli yoldan düzenlenmesidir. Düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirlerde teminat amaçlı ihtiyati tedbirlerin aksine uyuşmazlık konusu malın muhafazası (teminat altına alınması) söz konusu değildir. Düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirlerde esas hakkında karar verilmeye kadar geçecek dönem içerisinde ortaya çıkabilecek bir takım olumsuzlukların önlenmesi amacıyla taraflar arasındaki hukuki ilişkide geçici bir takım düzenlemelerin yapılması söz konusu olmaktadır (**Üstündağ**, s. 13,14; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 662). Bu ihtiyati tedbirler daha çok sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olur (**Üstündağ**, s. 31). Bu tür ihtiyati tedbirler daha ziyade Medeni Kanun'dan doğan uyuşmazlıklarda karşımıza çıkmaktadır. Mesela, ayrılık ve boşanma davası üzerine hâkimin Medeni Kanun'a göre gerekli tedbirleri alması düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirlere ilişkindir (**Üstündağ**, s. 17; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 662). “Geçici Önlemler” başlığını taşıyan MK m. 169'da hâkimin boşanma ve ayrılık davası açılınca davanın devamı süresince eşlerin barınması, geçimi, eşlerin mallarının yönetimi ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin gerekli olan geçici önlemleri resen alacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi burada taraflardan birinin haklarının teminat altına alınması değil eşlerin ve çocukların geçimi, barınması vb. konularda düzenlemeler yapılmaktadır.

²⁶ İhtiyati tedbirlerin bir diğer çeşidini de ifa (eda) amaçlı ihtiyati tedbirler oluşturur. İfa amaçlı ihtiyati tedbirlerin amacı bir hakkı geçici olarak gerçekleştirmektir. İfa amaçlı ihtiyati tedbirlerle talepte bulunan kişi, geçici olarak tatmin edilmektedir. Bu özelliği nedeniyle ifa amaçlı ihtiyati tedbirler teminat amaçlı ihtiyati tedbirlerden ayrılmaktadır (**Üstündağ**, s. 15; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 661). Mesela, nafaka davalarında ihtiyati tedbir olarak taraflardan birinin diğerine nafaka ödemesi ihtiyati tedbir olarak kararlaştırılabilir (**Yılmaz**, s. 171; **Üstündağ**, s. 17; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 661). Burada teminat ve düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirlerinden farklı olarak taraflardan birini belirli bir şeyi ifaya zorlayan bir ihtiyati tedbir söz konusu olmaktadır.

getirilmesine yönelik ihtiyati tedbirler (TTK m. 140/5, YTTK m. 128/8) teminat amaçlı ihtiyati tedbirler içerisinde yer almaktadır. Zira söz konusu düzenlemelerin amacı sermaye olarak taahhüt edilen para dışındaki değerlerin anonim şirkete getirilmesinin teminat altına alınmasıdır²⁷.

B- İHTİYATİ TEDBİR TALEBİNİN KONUSU VE ÖNEMİ

Sermaye koyma borcunun yerine getirilmesine yönelik ihtiyati tedbir talebinin konusu, aynı sermaye taahhütlerinin esas sözleşmede belirtilen şekilde yerine getirilmesinin teminat altına alınmasıdır. Bu sebeple söz konusu ihtiyati tedbirlere sadece aynı sermaye taahhütlerinin yerine getirilmesinin teminat altına alınması amacıyla başvurulabilir. Dolayısıyla nakdi sermaye taahhütlerinin yerine getirilmesi amacıyla ihtiyati tedbir talebinde bulunulması mümkün değildir. Nakdi sermaye taahhütlerinin yerine getirilmesi konusunda bir takım endişelerin söz konusu olması durumunda şartlar gerçekleşmişse ihtiyati tedbir müessesine değil ihtiyati haciz müessesesine başvurulması gerekir²⁸.

Aynı sermaye taahhütlerinin esas sözleşmede belirtilen şekilde yerine getirilmesi anonim şirket açısından son derece önemlidir. Aynı sermaye taahhütlerinin yerine getirilmemesi anonim şirket açısından telafisi imkânsız bir takım zararların doğmasına yol açabilir. Şüphesiz nakdi sermaye taahhütlerinin de esas sözleşmede belirtilen şekilde yerine getirilmesi gerekir. Ancak nakdi sermaye taahhütlerinin yerine getirilmemesi durumunda, şirketin yerine getirilmeyen sermayeyi başka şekillerde (kredi vb. yollarla) temin etmesi mümkündür. Buna karşılık aynı sermaye taahhütlerinin yerine getirilmediği bazı durumlarda şirketin söz konusu sermayeyi başka şekillerde temin etmesi mümkün olmayabilir. Mesela, şirketin amacı ve faaliyet konusu açısından oldukça önem taşıyan bir yerde bulunan bir taşınmazın sermaye olarak taahhüt edilmesi durumunda, sermaye taahhüdünün “aynen” yerine getirilmemesi şirket açısından telafisi imkânsız zararlar doğurabilir. Aynı şekilde şirketin mal ve hizmetlerinde kullanacağı bir markanın sermaye olarak taahhüt edildiği durumlarda da sermaye taahhüdünün aynen yerine getirilmemesi şirket açısından oldukça önemli sorunlara yol açabilir.

²⁷ **Domaniç**, C.II, s. 1123; **Çevik**, Orhan Nuri, Anonim Şirketler, 3.Baskı, Ankara 1988, s. 840.

²⁸ **Yılmaz**, s. 724; **Özekes**, s.112, 113, 127; **Önen**, s. 99 dn 1; **Ansay**, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Ankara 1960, s. 195; **Kayhan**, Şaban/**Erdem**, Murat, Haksız İhtiyati Tedbir ve Haksız İhtiyati Haciz Koydurunun Sorumluluğu, Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, Sa.1, s. 243; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 659, 663, 674; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 625.

Aynî sermayenin anonim şirket açısından taşıdığı önemden dolayı, aynî sermaye taahhütlerinin yerine getirilmesine ilişkin özel bir takım düzenlemeler yapılmıştır. TTK m. 285/2 (YTTK m. 128/4)'ye göre anonim şirketlere aynî sermaye taahhüdünde bulunulması, şirketin tüzel kişilik kazandıktan sonra aynî sermaye taahhütleri üzerinde malik sıfatıyla tasarrufta bulunabileceğinin kabulü anlamına gelir. Bunun dışında anonim şirketlere taşınmaz üzerindeki mülkiyet veya sair aynî hakların sermaye olarak getirileceğinin taahhüt edilmesi durumunda, anonim şirketin tüzel kişilik kazandıktan sonra tek taraflı olarak tapu sicilinden mülkiyet veya sair aynî hakların adına tescil edilmesi talebinde bulunması mümkündür. Bu durumda şirket sözleşmesi hükümleri resmi şekil aranmaksızın geçerlidir²⁹ (TTK m. 140/2 (YTTK m. 128/3)). Ancak aynî sermaye taahhütlerine ilişkin bu düzenlemelerin uygulama alanı bulabilmesi için şirketin pay sahibinden veya tapu sicilinden talepte bulunduğu zamanda sermaye taahhüdüne konu olan mal veya hakların taahhütte bulunan ortağın tasarrufunda bulunması gerekir. Anonim şirketlerde pay sahiplerinin aynî sermaye koyma borçları ancak şirketin tesciliyle muaccel hale geleceğinden tescilden önce pay sahiplerinden sermaye koyma borçlarının talep edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle pay sahipleri sermayenin taahhüt edilmesi aşamasıyla, şirketin sermaye koyma borcunun yerine getirilmesini talep edebileceği aşama arasında aynî sermaye taahhüdüne konu olan taşınır veya taşınmaz malları bir başkasına devrederek veya bunlar üzerinde sınırlı aynî hak tesis ederek aynî sermaye taahhüdünün esas sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirilmesine engel olabilirler³⁰. Bundan dolayı TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8)'deki ihtiyati tedbirlere ilişkin düzenleme, anonim şirketlerde aynî sermaye taahhütlerinin esas sözleşmede belirtilen şekilde yerine getirilmesi açısından oldukça önemlidir.

C- TALEPTE BULUNMAYA YETKİLİ KİŞİLER VE TALEPTE BULUNMA ŞARTLARI

İhtiyati tedbir kararı verilebilmesi için mahkemeden bu yönde bir talepte bulunulması gerekir³¹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre menfaati

²⁹ İsviçre hukukunda ise anonim şirketlere taşınmazların sermaye olarak getirilebilmesi için resmi sözleşme yapılması gerekir (İBK m. 634/I). (Özdamar, Mehmet, Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Taşınmazların Taahhüt Edilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X, Sa. 1-2, Y.2006, s. 99, 100).

³⁰ Bu durumda anonim şirket, ortağa karşı sermaye koyma borcunun yerine getirilmesine yönelik açacağı davada haklı çıksa bile mahkeme ilamının yerine getirilmesi mümkün olmayabilir (Domanıç, C.II, s. 1175).

³¹ Bu ana kuralın tek istisnası boşanma ve ayrılık davası sırasında çocukların korunması için alınması gereken tedbirler açısından söz konusu olur (Özkan, s. 7).

olan herkes mahkemeden ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir. İhtiyati tedbir talebi dava açılmadan önce, dava dilekçesiyle birlikte veya dava açıldıktan sonra istenebilir. İhtiyati tedbir talebinde bulunabilmek için taraf ehliyetine ve dava ehliyetine sahip olmak gerekir³². Taraf ve dava ehliyetinin dışında talepte bulunan kişinin ayrıca taraf sıfatına da sahip olması gerekir. İhtiyati tedbir talebinde bulunan kişiyle ihtiyati tedbir talebi konusu arasında bir ilişki kurulamıyorsa ihtiyati tedbir talebinde bulunulamaz³³. Ancak TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8)'de talepte bulunmaya yetkili kişiler özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre ihtiyati tedbir talebinde bulunma yetkisi anonim şirket kurucularına verilmiştir.

Anonim şirketlerde kurucu kavramı TTK m. 278'de tanımlanmıştır. Bu maddeye göre esas sözleşmeyi düzenleyen ve imza eden ve katılma payını taahhüt eden pay sahipleriyle tedrici kuruluştaki esas sözleşmeyi imza etmeksizin paradan başka bir şeyi katılma payı olarak getiren pay sahipleri kurucu olarak kabul edilmiştir. 6102 sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu'nda ise tedrici kuruluşa yer verilmediğinden kurucu kavramı, pay taahhüt edip esas sözleşmeyi imzalayan gerçek ve tüzel kişiler şeklinde tanımlanmıştır (YTTK m. 337/1).

Anonim şirket tescille tüzel kişilik kazanacağından tescilden önce şirket tarafından ihtiyati tedbir talebinde bulunulamaz. Anonim şirket tüzel kişilik kazanıncaya kadar, ortaklar arasında amacı anonim şirket kurmak olan bir adi

³² **Yılmaz**, s. 865; **Özkan**, s. 8. Dava ehliyetine sahip olmanın gerekliliği ihtiyati tedbir kararının uygulanmasının talep edildiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkında dava açılması zorunluluğundan da anlaşılmaktadır. Zira dava ehliyeti olmayan birinin esas hakkındaki davayı açması mümkün değildir (**Yılmaz**, Orhan, İhtiyati Tedbirler, Konya 1982, s. 3).

³³ **Yılmaz**, s. 866. Davaya müdahale halinde asli müdahil, ihtiyati tedbir talebinde bulunabilirken ferî müdahil ihtiyati tedbir talebinde bulunamaz (**Yılmaz**, Orhan, s. 37). Zira asli müdahilin davada taraf sıfatı bulunmasına rağmen ferî müdahil davada taraf değildir (**Yılmaz**, s. 867; **Özkan**, s. 8). Dava arkadaşlığı halinde de mecburi dava arkadaşlığında bütün arkadaşların birlikte hareket etmeleri zorunlu olduğundan dava arkadaşlarının hep birlikte ihtiyati tedbir talebinde bulunmaları gerekir. Ancak gecikmesinde zarar meydana gelme ihtimali olan durumlarda hâkim mecburi dava arkadaşlarından birinin veya birkaçının ihtiyati tedbir talebini kabul etmeli fakat diğer mecburi dava arkadaşlarının bu talebe katılmaları için belirli bir süre vermelidir. Verilen bu süre içerisinde diğer dava arkadaşlarının talebe katılmamaları halinde mahkeme ihtiyati tedbir kararını kaldırmalıdır. İhtiyati dava arkadaşlığında ise dava arkadaşlarının birlikte hareket etmeleri zorunlu olmadığından dava arkadaşlarının ayrı ayrı ihtiyati tedbir talebinde bulunabilmeleri mümkündür. Bu durumda ihtiyati tedbir kararı yalnızca ihtiyati tedbir talebinde bulunan dava arkadaşı açısından hüküm ve sonuç doğurur. Talepte bulunmayan ihtiyati dava arkadaşlarının bu ihtiyati tedbir kararından yararlanmaları mümkün değildir (**Yılmaz**, s. 868).

şirket ilişkisi (kuruluş ortaklığı)³⁴ söz konusudur³⁵. Adi şirketin tüzel kişiliği bulunmadığından taraf ehliyeti de yoktur. Bu sebeple adi şirket tarafından bir dava açılmayacağı gibi adi şirket aleyhine de bir davanın açılması mümkün değildir. Dolayısıyla adi şirketle ilgili bir ihtilafta davanın bütün ortaklar tarafından açılması gerekir. Zira ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığı söz konusudur. Ancak BK m. 533 (YBK m. 637)³⁶’de adi şirketlerde kendisine yönetim yetkisi verilen kişinin şirketi ve diğer ortakları temsil etme hakkına sahip olacağı düzenlenmiştir. BK m. 533 (YBK m. 637)’de düzenlenen bu karinenin mahkemelerde temsili kapsayıp kapsamadığı hususu tartışmalıdır³⁷. Ancak TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8)’e göre talep edilecek ihtiyati tedbirlerde farklı bir durum söz konusudur. Zira bu maddede kurucuların ihtiyati tedbir talebinde bulunabilecekleri özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemede kurucuların tamamının ihtiyati tedbir talebinde bulunmalarına yönelik bir hükme yer verilmemiştir. Zaten ihtiyati tedbir talebinde bulunulmasını gerektiren bir durumun mevcudiyeti halinde sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağın ihtiyati tedbir talebinde bulunması çoğu zaman mümkün olmaz. Bu sebeple kuruculardan her biri TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8)’e göre ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir. TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8)’e göre ihtiyati tedbir talebinde bulunulması için aleyhine ihtiyati tedbir talep edilen ortağın sermaye taahhüdünde bulunması ve esas sözleşmeyi imzalaması gerekir. Bu aşamadan sonra kuruculardan her biri mahkemeden ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir.

Kurucuların TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8)’e göre ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilmeleri için mutlaka bir zararın veya tehlikenin meydana gelmiş olması gerekmez. Tehlikenin veya zararın önlenmesi amacıyla da

³⁴ Kurucular arasındaki bu ilişkiyi belirtmek üzere yan ortaklık, kuruluş konsorsiyumu, kurucular ortaklığı gibi kavramlar da kullanılmaktadır (**Barlas**, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998, s. 107). Alman hukukunda da ön şirket (Vorgesellschaft) kavramı kullanılmaktadır (**Peltzer/Hickinbotham**, s. 6).

³⁵ **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu), N. 485; **Arslanlı**, s. 133; **Göle**, s. 31, 41; **Ansay**, s. 79, 80; **Steiger** (Çev. Çağa), s. 147; **Barlas**, s. 109; **Çevik**, s. 195; **Hirş**, s. 260; **Domanıç**, C.II, s. 136, 137. Bu kuruluş ortaklığının amacı anonim ortaklığın kuruluşunun gerçekleştirilmesidir. Anonim ortaklığın kuruluşuyla birlikte kuruluş ortaklığı da BK. m. 535/I’ e göre kendiliğinden sona erer. Yani buradaki geçici bir ortaklık ilişkisi söz konusudur (**Barlas**, s. 107).

³⁶ 818 Sayılı Borçlar Kanunu 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 01.07.2012 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılacaktır. Bundan dolayı bu çalışmada hem mer’i Borçlar Kanunu hem de Yeni Borçlar Kanunu’ndaki düzenlemelere yer verilecektir.

³⁷ **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu), N. 99g.

ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilir³⁸. Zaten HMK m. 389/1'de de hakkın elde edilmesi konusundaki endişeden söz edilmektedir. TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8)'e göre ihtiyati tedbir talebinde bulunulabileceği durumlarda da şirket veya kurucular açısından bir zarar söz konusu değildir. Zira ihtiyati tedbir talebinde bulunulan aşamada henüz sermaye koyma borçları muaccel hale gelmemiştir³⁹. Ancak bu durumda da sermaye koyma borcunun yerine getirilmesi konusunda haklı bir endişe söz konusudur. Çünkü aynı sermaye taahhütlerinin yerine getirilmemesi şirketin telafisi imkânsız bir takım zararlara uğramasına yol açabilir. Sermaye taahhütlerinin ifa edilmesi konusundaki bu endişeden dolayı kuruculara ihtiyati tedbir talebinde bulunma hakkı tanınmıştır.

TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8)'e göre kurucular, anonim şirketin tüzel kişilik kazanmasına kadar ihtiyati tedbir talebinde bulunabilirler. Şirketin tüzel kişilik kazanmasıyla birlikte kurucuların diğer yetkileri gibi ihtiyati tedbir talebinde bulunma yetkisi de ortadan kalkar. Zira anonim şirketin tescilinden sonra şirket yönetim kurulu tarafından temsil edilir. Bu sebeple şirketin tescilinden sonra ihtiyati tedbir taleplerinin yönetim kurulu tarafından yapılması gerekir. TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8)'deki düzenleme sadece şirketin kuruluş aşamasına ilişkindir. Bu sebeple şirketin tüzel kişilik kazanmasından sonra yapılacak olan ihtiyati tedbir talepleri TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8)'e değil HMK m. 389 vd. hükümlerine tabidir⁴⁰.

D- YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

TTK m. 140/V'de ihtiyati tedbir talebine ilişkin yetkili ve görevli mahkeme konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu sebeple yetkili ve görevli mahkemenin tespiti konusunda genel hükümlere müracaat edilmesi gerekir.

İhtiyati tedbir talebi konusunda yetkili ve görevli mahkeme, talebin esas dava açılmadan önce veya sonra yapılmasına göre farklılık gösterir. HMK m. 390/1'e göre ihtiyati tedbir talebinin esas hakkında dava açılmadan önce yapılması durumunda yetkili ve görevli mahkeme, esas hakkında yetkili

³⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 665; Özekes, s. 102, 103; Yıldırım, s. 36, 37.

³⁹ Anonim şirket ancak tüzel kişilik kazandıktan sonra aynı sermaye taahhütlerinin yerine getirilmesini talep edebilir.

⁴⁰ Yeni sermaye taahhüdü suretiyle sermaye artırımında anonim şirketlerin kuruluşuna ilişkin hükümlerin geçerli olması sebebiyle (TTK m. 392), bu durumda da TTK m. 140/5'e göre ihtiyati tedbir talebinde bulunulması mümkündür.

olan mahkemedir⁴¹. Esas davanın açılmasından sonra ise ihtiyati tedbirin asıl davaya bakan mahkemeden talep edilmesi gerekir.

TTK m. 140/5'de düzenlenen sermaye koyma borcunun yerine getirilmesine yönelik ihtiyati tedbirler niteliği itibarıyla esas hakkındaki dava açılmadan önceki aşamada talep edilebilir. Zira anonim şirketin tüzel kişilik kazanmasından önce aynı sermaye koyma borçları muaccel hale gelmeyeceğinden şirketin sermaye taahhütlerinin yerine getirilmesi konusunda ortaklardan talepte bulunması ve dava açması mümkün değildir. Bu sebeple TTK m. 140/5'e göre talep edilecek ihtiyati tedbirlerde yetkili ve görevli mahkeme esas hakkındaki davada yetkili olan mahkemedir. Anonim şirketin ortaklara karşı sermaye koyma borcunun yerine getirilmesine yönelik olarak dava açması ise ancak şirketin tescilinden sonra mümkündür. Esasa ilişkin bu şekilde bir davanın açılmış olması halinde ihtiyati tedbir talebi konusunda yetkili mahkeme esas davaya bakan mahkemedir. Anonim şirketin tüzel kişilik kazanmasından sonra da yönetim kurulu tarafından ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir. Bu durumda da yetkili mahkeme esas hakkında dava açılıp açılmamasına göre farklılık gösterir (HMK m. 390/1).

E- TALEBİN İNCELENMESİ VE KARARA BAĞLANMASI

1- TALEBİN İNCELENMESİ

TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8)'e göre ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için kurucuların bir dilekçeyle yetkili ve görevli mahkemeye başvurmaları gerekir⁴² (HMK m. 390/3). Kurucuların ihtiyati tedbir taleplerine ilişkin dilekçeye taleplerinin hangi hakka dayandığı, hangi uyuşmazlık için istendiği ve istenilen ihtiyati tedbirin türünü de yazmaları gerekir⁴³ (HMK m. 390/3). Ancak hâkim uygulanacak ihtiyati tedbire karar verirken kurucuların talepleriyle bağlı değildir. Hâkim, kurucular tarafından talep edilen ihtiyati tedbir yerine amaca daha elverişli bir başka ihtiyati tedbire de karar verebilir⁴⁴.

⁴¹ 1086 sayılı HMUK m. 104/1'e göre esas dava açılmadan önce söz konusu olan ihtiyati tedbir taleplerinde yetkili mahkeme ihtiyati tedbirin en az masrafla ve en çabuk yerine getirileceği yer mahkemesidir.

⁴² İhtiyati tedbir taleplerinin incelenmesinde basit yargılama usulü uygulanır (HMK m. 316/1/c). Adli tatilde de ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi mümkündür (HMK m. 103/1/a).

⁴³ *Kuru/Arslan/Yılmaz*, s. 619; *Özekes*, s. 112; *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 665. Ancak *Üstündağ*, talepte bulunan kişinin istenilen ihtiyati tedbirin türünü belirtmek zorunda olmadığını, uygulanacak tedbirin türünü hâkimin takdir edeceğini ileri sürmektedir (*Üstündağ*, s. 46). HMK m. 390/3'de yer alan açık düzenleme karşısında kurucuların ihtiyati tedbir taleplerinde ihtiyati tedbir türünü de belirtmeleri gerekmektedir.

⁴⁴ *Üstündağ*, s. 46; *Özekes*, s. 128; *Ansay, Şakir*, s. 197; *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 668.

İhtiyati tedbir talebini alan mahkeme, kural olarak tarafları duruşmaya çağırır. Ancak kurucuların haklarının derhal korunmasında zorunluluk bulunan hallerde hâkim, karşı tarafı dinlemeden de tedbire karar verebilir⁴⁵ (HMK m. 390/2). Kurucular tarafından yapılan ihtiyati tedbir taleplerinde mahkemenin karşı tarafı duruşmaya çağırılmadan ihtiyati tedbire karar vermesi yerinde olur. Zira bu durumda kurucuların ihtiyati tedbir talepleri karşı tarafın da imzasını taşıyan şirket sözleşmesine dayanmaktadır. Bunun dışında ihtiyati tedbirin karşı taraf dinlenerek karara bağlanması halinde karşı tarafa ihtiyati tedbir kararını sonuçsuz bırakacak bir takım davranışlarda bulunma imkânı tanınmış olur. Bu sebeple kurucuların taleplerinin şirket sözleşmesine dayandığı durumlarda mahkeme, karşı tarafı dinlemeden ihtiyati tedbir kararı verebilir.

Kurucuların ihtiyati tedbir taleplerinde davanın esası yönünden haklılıklarını ispat etmeleri gerekir. Ancak ihtiyati tedbir taleplerinin incelenmesi sırasında tam bir ispat değil yaklaşık bir ispat aranmaktadır⁴⁶(HMK m. 390/3). Bu açıdan kurucuların haklılıkları konusunda mahkemede bir kanaat oluşturmaları ihtiyati tedbir talebinin kabul edilmesi açısından yeterlidir⁴⁷. Talebin inandırıcılığı konusunda tek etkili husus talepte bulunan kurucuların göstereceği delillerdir⁴⁸. Ancak kurucuların ihtiyati tedbir taleplerinin haklılığını ispatlamaları çok fazla sorun teşkil etmez. Zira TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8)'e göre ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilmesi için ortaklar tarafından sermaye taahhüdünde bulunulması ve şirket sözleşmesinin imzalanmış olması gerekir. Bu sebeple kurucular ihtiyati tedbir taleplerindeki haklılıklarını şirket sözleşmesiyle ispatlayabilirler. Kurucuların şirket sözleşmesinden başka bir delil göstermeleri gerekmez. Ancak talep her hangi bir delile dayanmıyorsa ihtiyati tedbir talebi reddedilir⁴⁹

⁴⁵ Taşınır malın kaçırılması veya taşınmazın bir başkasına devri söz konusuysa hâkim tarafları duruşmaya çağırmaksızın ihtiyati tedbir hakkında karar verebilir (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 619; **Postacıoğlu**, s. 353; **Önen**, s. 102; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 665; **Yılmaz**, s. 935; **Özekes**, s. 113; **Ansay**, Şakir, s. 197, 198).

⁴⁶ **Yılmaz**, s. 893; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 619; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 664, 666; **Özekes**, s. 102, 119, 120; **Ansay**, Şakir, s.198; **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, s. 410.

⁴⁷ **Yılmaz**, s. 894; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 619; **Yılmaz**, Orhan, s. 5; **Üstündağ**, s. 5, 47; **Kuru**, s. 3075; **Postacıoğlu**, s. 353; **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, s. 410.

⁴⁸ **Yılmaz**, s. 895; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 664.

⁴⁹ **Yılmaz**, s. 895; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 664. Ayrıca talepte bulunan kişinin delil göstermesi konusunda bkz . **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 619; **Yılmaz**, Orhan, s. 4; **Özkan**, s. 9.

2- KURUCULARDAN TEMİNAT TALEP EDİLMESİ

İhtiyati tedbir taleplerinin incelenmesi sırasında taraflar arasındaki uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilmemesi sebebiyle tam bir ispat değil yaklaşık bir ispat aranmaktadır. Bu sebeple ihtiyati tedbir talepleri mahiyetleri gereği derinlemesine bir inceleme yapılmadan karara bağlanmaktadır. Bu durum da ihtiyati tedbir kararlarından karşı tarafın ve üçüncü kişilerin zarar görme ihtimalini artırmaktadır⁵⁰. Bundan dolayı ihtiyati tedbir talebinde bulunan kişilerin, haksız çıktıkları takdirde karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları muhtemel zararlara karşılık teminat göstermeleri zorunlu tutulmuştur (HMK m. 392/1). Gösterilecek teminatın miktar ve türüne somut olayın şartlarına göre hâkim tarafından karar verilir⁵¹. Ancak teminat gösterilmesi her zaman zorunlu değildir. Mahkeme, durum ve koşulların gerektirmesi veya talebin resmi belgeye ya da kesin bir delile dayanması halinde gerekçesini açıkça belirtmek şartıyla teminat alınmamasına da karar verebilir⁵² (HMK m. 392/1). Aynı şekilde karşı tarafın ihtiyati tedbir kararından zarar görme ihtimali yoksa mahkeme teminat göstermeksizin ihtiyati tedbir kararı verebilir⁵³. Kurucular tarafından talep edilen ihtiyati tedbirlerde de imzaları noter tarafından onaylanmış şirket sözleşmesi delil olarak gösterileceğinden teminat gösterilmesi gerekmeyebilir.

3- TALEBİN KARARA BAĞLANMASI

Kurucuların ihtiyati tedbir talebi, yetkili ve görevli mahkeme tarafından incelenir. Talepte bulunan kurucuların davanın esası yönünden haklılığı yaklaşık olarak ispatlanmışsa mahkeme ihtiyati tedbir talebini kabul eder. Ancak mahkeme uygulayacağı tedbir konusunda kurucuların talebiyle bağlı değildir. Buna karşılık talebin hiçbir delile dayanmaması veya kurucuların haklılıklarını yaklaşık olarak ispatlayamamaları durumunda talep reddedilir. İhtiyati tedbir talebinin reddedilmesine ilişkin kararlara karşı kanun yoluna

⁵⁰ Yılmaz, s. 908; Yıldırım, s. 145; Yılmaz, Orhan, s. 5, 19.

⁵¹ Yılmaz, s. 176; Önen, s. 103; Yılmaz, Orhan, s. 19; Kuru, s. 3076; Postacıoğlu, s. 353; Alangoya/ Yıldırım/ Yıldırım, s. 411. Teminat gösterilmesi zorunlu olan durumlarda esas hakkındaki davaya ilişkin hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbir kararının kalkmasından itibaren bir ay içerisinde karşı tarafın tazminat davası açmaması üzerine teminat iade edilir (HMK m. 392/2).

⁵² Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 619; Yılmaz, s. 920; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 667; Postacıoğlu, s. 353; Özekes, s. 126; Ansay, Şakir, s. 198; Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s. 411.

⁵³ Özkan, s. 11.

başvurulabilir⁵⁴ (HMK m. 391/3)⁵⁵. Bunun dışında talebi reddedilen tarafın daha sonra şartların değiştiğini iddia ederek tekrar ihtiyati tedbir talebinde bulunabilmesi de mümkündür⁵⁶.

İhtiyati tedbir kararında tedbirin açık ve somut olarak hangi sebebe ve delillere dayandığı, tereddüde yer vermeyecek şekilde neyin üzerinde ve ne tür bir tedbire karar verildiği, gösterilecek teminatın türü ve miktarı, teminat gösterilmeyecekse gerekçelerine yer verilmesi gerekir (HMK m. 391/2).

İhtiyati tedbir kararı yargısal bir işlemdir, bir dava değildir. Bu nedenle dava açılmasının sonuçları burada söz konusu olmaz. Dolayısıyla ihtiyati tedbir kararı taraflar açısından kazanılmış hak doğurmaz, zamanaşımını kesmez⁵⁷, hak düşürücü sürelerle etki etmez ve kesin hüküm teşkil etmez⁵⁸. Ancak tarafları ve konusu aynı olan bir ihtiyati tedbir talebi aynı gerekçeler ve aynı delillerle (aynı mahkemeden veya bir başka mahkemeden) tekrar talep ediliyorsa bu talebin reddedilmesi gerekir⁵⁹. Bunun dışında verilen ihtiyati tedbir kararının davanın esası üzerinde de her hangi bir etkisi bulunmamaktadır⁶⁰.

İhtiyati tedbir kararı, kararın icrasından önce karşı tarafa tebliğ edilmez. Zira böyle bir durum ihtiyati tedbirin amacıyla bağdaşmaz⁶¹. İhtiyati tedbir kararı, tarafların ihtiyati tedbirin yerine getirilmesi sırasında hazır bulunmaları durumunda kararın yerine getirilmesi sırasında, aksi halde daha sonra tebliğ edilir (HMK m. 393/4).

İhtiyati tedbir kararları kural olarak icra daireleri tarafından yerine getirilir. Ancak mahkeme kararında belirtilmek şartıyla bu konuda yazı işleri

⁵⁴ Burada söz konusu olan kanun yolu istinaftır (HMK m. 341/1) (**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 666).

⁵⁵ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda bu yönde bir düzenleme bulunmadığından ihtiyati tedbir taleplerinin kabulü ve reddine ilişkin kararların tek başına temyiz edilemeyecekleri kabul edilmekteydi (**Postacıoğlu**, s. 348; **Kuru**, 3079, 3081; **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, s. 411; **Özekes**, s. 123).

⁵⁶ **Kuru**, s. 3081; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 667; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 620.

⁵⁷ **Kuru**, ihtiyati tedbir talebiyle zamanaşımının kesilmeyeceğini ancak ihtiyati tedbir kararı ile zamanaşımının kesileceği görüşündedir (**Kuru**, s. 3074, 3080). Bu konuda ayrıca bkz. **Ansay, Şakir**, s. 199.

⁵⁸ **Yılmaz, Orhan**, s. 35, 36, 37; **Özkan**, s. 5; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 667; **Üstündağ**, s. 53,54; **Postacıoğlu**, s. 348; **Yıldırım**, s. 12.

⁵⁹ Ancak talepte bulunan taraf durum ve şartların değiştiğini ileri sürerek tekrar ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir (**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 667; **Özekes**, s. 123).

⁶⁰ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 667; **Ansay, Şakir**, s. 197.

⁶¹ **Yılmaz**, s. 935.

müdürü de görevlendirilebilir (HMK m. 393/2)⁶². İhtiyati tedbir kararının uygulanması konusunda tedbir kararı veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan veya tedbir konusu mal veya hakkın bulunduğu yer icra dairesinden talepte bulunulması gerekir. İhtiyati tedbir kararının uygulanması konusundaki talebin kararın verildiği tarihten itibaren bir hafta içerisinde yapılması gerekir⁶³. Aksi halde kanuni süre içerisinde esas hakkında dava açılmış olsa dahi ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkar (HMK m. 393/1).

a- Taşınırlara El Konulması ve Güvenilir Bir Kişiyi Tevdi Edilmesi

Kurucuların ihtiyati tedbir talebinin kabul edilmesi durumunda mahkeme sermaye taahhüdünün taşınır veya taşınmaz olmasına göre duruma en uygun düşen ihtiyati tedbire karar verir. TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8)'deki düzenlemenin aynî sermaye taahhütlerinin aynen yerine getirilmesini sağlama amacı taşınmasından dolayı taşınır mallara ilişkin sermaye taahhütlerinde mahkeme taşınır malın muhafaza altına alınmasına veya bir yediemine tevdiine karar verebilir⁶⁴ (HMK m. 391/1)⁶⁵. Ancak taşınır malın yediemin yerine taraflardan birisine teslim edilmesi mümkün değildir⁶⁶ (BK m. 471 (YBK m. 569)). Taşınır malın yediemine tevdi edilmesiyle birlikte uyumsuzluğun taraflarının söz konusu taşınır mal üzerinde tasarrufta bulunma imkânı ortadan kalkar⁶⁷. Zaten burada önemli olan şey, sermaye taahhüdünde bulunan kişinin taşınır malı bir başkasına devretmesine, üzerinde sınırlı bir aynî hak tesis etmesine ve taşınır mala zarar vermesine engel olabilmektir. Taşınırların yediemine tevdi edilmesiyle birlikte bu tür tehlikelerin ortaya çıkma ihtimali de oldukça azalacaktır.

⁶² HMUK m.106'ya göre zabıt kâtiplerinden birisi de bu konuda görevlendirilebilmektedir.

⁶³ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (m. 106) bu konuda herhangi bir süre düzenlenmediğinden ihtiyati tedbir kararının uygulanmasının her zaman talep edilebileceği ileri sürülmüştür (Kuru, s. 3081).

⁶⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 614; Yılmaz, s. 183.

⁶⁵ HUMK m. 101'de taşınır malların haczinden söz edilmektedir. Haciz, bir icra takibinde kendi rızasıyla borcunu ödemeyen borçlunun mallarına el konularak satılması ve elde edilen miktarın alacaklıya ödenmesini sağlamak amacıyla uygulanan bir koruma işlemidir (Yılmaz, s. 182). Ancak ihtiyati tedbirlerde bir icra takibi söz konusu olmadığından haciz işlemi ihtiyati tedbirlerde uygulanamaz. Kaynak kanunda da haciz işleminden söz edilmemiş el koyma ifadesine yer verilmiştir. Türk hukukunda da haciz ifadesi el koyma şeklinde anlaşılmaktadır (Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 614; Yılmaz, s. 183; Kuru, s. 3056; Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s. 407).

⁶⁶ Kuru, s. 3051; Postacıoğlu, s. 349; Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s. 407; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 614.

⁶⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 614; Kuru, s. 3051; Önen, s. 100.

Taşınır sermaye taahhütleri konusunda 6102 sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu'nda da önemli düzenlemelere yer verilmiştir. YTTK m. 342/1'e göre üzerinde sınırlı bir aynî hak, haciz veya tedbir bulunan taşınırların anonim şirketlere sermaye olarak konulması mümkün değildir. Bunun dışında anonim şirkete taşınırların sermaye olarak kabul edilebilmesi için güvenilir bir kişiye⁶⁸ tevdi edilmeleri gerekmektedir⁶⁹ (YTTK m. 128/2). Aksi halde taşınırların anonim şirkete sermaye olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu düzenlemeyle YTTK m. 128/8'de düzenlenen ihtiyati tedbirlere duyulan ihtiyaç oldukça azalacaktır. Zira YTTK m. 128/8'e göre ihtiyati tedbir talebinde bulunulması halinde mahkeme tarafından büyük ihtimalle taşınırların güvenilir bir kişiye tevdi edilmesine karar verilecektir. Dolayısıyla YTTK m. 128/8 ile ulaşılmak istenen sonuç YTTK m. 128/2'ye göre zaten sağlanmış olacaktır. Taşınırların YTTK m. 128/2'ye aykırı olarak güvenilir bir kişiye tevdi edilmemesi durumunda bunların sermaye olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu husus ticaret sicil memuru tarafından incelenir. Sicil memuru yapacağı inceleme sonucunda sermaye taahhüdüne konu taşınırlar üzerinde sınırlı bir aynî hak, haciz veya tedbir bulunduğunu veya taşınırların güvenilir bir kişiye tevdi edilmediğini tespit ederse şirketi tescil etmez⁷⁰. Ancak bu durumda kurucuların YTTK m. 128/8'e göre ihtiyati tedbir talebinde bulunarak taşınır sermaye taahhütlerinin güvenilir bir kişiye tevdi edilmesini sağlamaları mümkündür. Taşınırların YTTK m. 128/2'ye göre güvenilir bir kişiye tevdi edilmelerinden sonra sicil memuru anonim şirketi tescil edebilir.

YTTK m. 128/8'e göre ihtiyati tedbir talebi YTTK m. 128/2'ye göre taşınır sermaye taahhütleri kendisine tevdi edilen kişinin taşınır mallara zarar verme veya taşınır malları başkasına devretme tehlikesinin bulunduğu durumlarda da söz konusu olabilir. Ancak bu durumda kurucuların söz konusu tehlikenin varlığını (yaklaşık olarak) ispatlamaları gerekir.

⁶⁸ *Moroğlu*, güvenilir kişinin kim olacağı hususunun uygulamada tereddüde yol açacağını ileri sürmektedir. Yazar madde metninde yapılacak bir değişiklikle taşınır sermaye taahhütlerinin diğer kuruculara da tevdi edilebilmesi gerektiği görüşündedir (**Moroğlu**, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Taslağı, Değerlendirme ve Öneriler, 4.Bası, Ankara 2006, s. 79).

⁶⁹ Fikri mülkiyet haklarıyla diğer değerlerin ise varsa özel sicillerine anonim şirkete sermaye olarak taahhüt edildiklerine ilişkin kayıt yapılması gerekir (YTTK m. 128/2).

⁷⁰ YTTK m. 128 Gerekeşi. Bu nedenle şirketin kuruluşu sırasında taşınırların güvenilir bir kişiye tevdi edildiği hususunun kurucular tarafından ispatlanması gerekir.

b-Taşınmazların Tapu Kaydına Devir Yasağı Şerhi Konulması

Anonim şirketlerde sermaye taahhüdünün konusunu taşınmazların oluşturduğu durumlarda ise taşınmaza el konulması ve yediemine tevdi edilmesi yönünde ihtiyati tedbir kararı verilmesi sermaye taahhüdünün yerine getirilmesini teminat altına almaya elverişli değildir. Zira taşınmaz sermaye taahhütlerinin esas sözleşmede belirtilen şekilde yerine getirilmesinin teminat altına alınabilmesi için taşınmazların devredilmesi ve üzerinde sınırlı bir aynî hak tesis edilmesinin engellenmesi gerekir. Bu nedenle taşınmaz sermaye taahhütlerinde mutlaka taşınmazın tapu kaydına devir yasağı şerhi konulması gerekir⁷¹. Ancak devir yasağı şerhi sadece taşınmazın bir başkasına devredilmesine engel olabilir. Eğer taşınmaz üzerinde ipotek gibi sınırlı bir aynî hakkın tesis edilmesi de engellenmek isteniyorsa mahkeme tarafından bu konuda da tapu siciline şerh konulması gerekir.

Taşınmaz sermaye taahhütleri konusunda alınabilecek diğer bir ihtiyati tedbir de taşınmazın yediemine tevdi edilmesidir. Taşınmazın yediemine tevdi özellikle gelir getiren bir taşınmaz varsa söz konusu olur. Mesela ekilen bir tarla, kiradaki ev, otel, iş hanı vb. gelir getiren bir taşınmaz söz konusuysa taşınmazın bir yediemine teslim edilmesine karar verilir. Yediemin bu taşınmazı idare etmek ve işletmekle görevlidir⁷². Ancak taşınmaz sermaye taahhüdünün yediemine tevdiinin söz konusu olduğu durumlarda şirketin tesciline kadar taşınmazdan elde edilen gelirin sermaye taahhüdünde bulunan ortağa verilmesi gerekir. Zira anonim şirketlerde aynî sermaye koyma borçları ancak şirketin tesciliyle birlikte muaccel hale gelir. Bu sebeple şirket ancak tescilden sonraki döneme ilişkin gelirler üzerinde hak iddia edebilir.

6102 Sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu'nda taşınmaz sermaye taahhütlerinin esas sözleşmede belirtilen şekilde yerine getirilmesini

⁷¹ 1086 sayılı HUMK m. 101/1'de açıkça "taşınmazın kaydına devir yasağı"ndan söz edilmekle birlikte bu maddedeki el koyma ifadesinin "devir yasağı şerhi konulması" şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir (Yılmaz, s. 250; Pekcanitez, s. 461; Yılmaz, Orhan, s. 22; Özkan, s. 6; Kuru, s. 3051; Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s. 407). Kuru, devir yasağı şerhinin HUMK m. 103'e göre de talep edilebileceğini ileri sürmektedir (Kuru, s. 3056). Mahkeme devir yasağı şerhinin dışında muvakkat tescile de karar verebilir (Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 614; Yılmaz, s. 250; Pekcanitez, s. 461; Kuru, s. 3051; Postacıoğlu, s. 349). Ancak Yılmaz, muvakkat tescili teknik anlamda bir ihtiyati tedbir olarak kabul etmemektedir. Zaten uygulamada muvakkat tescile çok sık başvurulmadığı görülmektedir. Yazara göre amaca daha elverişli devir yasağı şerhi varken muvakkat tescil yoluna başvurulması isabetli değildir (Yılmaz, s. 269).

⁷² Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 615, 616; Kuru, s. 3059; Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s. 407.

sağlamaya yönelik çok önemli düzenlemelere yer verilmiştir. Anonim şirketlere taşınmazların sermaye olarak getirilebilmesi için taşınırlarda olduğu gibi üzerlerinde sınırlı bir aynî hak, haciz veya tedbir bulunmaması gerekir (YTTK m. 342/1). Bunun dışında taşınmazların anonim şirkete sermaye olarak kabul edilebilmesi için bu konuda tapuya şerh verilmesi zorunludur (YTTK m. 128/2). YTTK m. 128/8 (TTK m. 140/5) ile elde edilmek istenen sonuç, YTTK m. 128/2 ve 342'deki düzenlemelerle büyük ölçüde gerçekleşmektedir. Bu nedenle 6102 sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte hem taşınır hem de taşınmaz sermaye taahhütleri açısından ihtiyati tedbir talebinde bulunma ihtiyacı oldukça azalacaktır.

c- Alınabilecek Diğer İhtiyati Tedbirler

Sermaye taahhütleri konusunda mahkeme tarafından alınabilecek ihtiyati tedbirler, el koyma, yedimeine tevdi ve devir yasağı şerhiyle sınırlı değildir. Bu tedbirlerin dışında mahkeme uyuşmazlık konusu malın korunması için gerekli her türlü tedbirin alınmasına da karar verebilir⁷³ (HMK m. 391/1). Burada uyuşmazlık konusu şeyin “olduğu gibi” muhafazası için alınması gereken tedbirler söz konusudur⁷⁴. Ancak mahkeme tarafından verilen ihtiyati tedbir kararlarının taraflar arasındaki uyuşmazlığı esastan çözecek nitelikte olmaması gerekir⁷⁵. Zira ihtiyati tedbir kararının amacı taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek değil, hakkın elde edilmesini güçleştirecek bir takım tehlikelerin önlenmesidir. Aynı şekilde talepte bulunan kurucuların esas dava sonucunda bile elde edilemeyecek bir takım sonuçların ihtiyati tedbir ile sağlanması mümkün değildir⁷⁶.

⁷³ Bu çerçevede mahkeme malın mühürlenmesine, kilit altına alınmasına, mal üçüncü bir kişinin elindeyse başkasına devredilmemesi için o kişiye yazılı bildirimde bulunulması gibi çeşitli tedbirlere de karar verebilir (Önen, s. 100; Ansay, Şakir, s. 196).

⁷⁴ Kuru, s. 3061.

⁷⁵ Kuru, s. 3064; Yılmaz, s. 670, 845; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 617; Yıldırım, s. 9; Üstündağ, s. 28; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, s. 661. Uyuşmazlığı esastan çözecek ihtiyati tedbir kararı verilememesi hususu 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça yer almamakla birlikte hem doktrinde hem de uygulamada kabul edilmektedir. Bu husus çerçevesinde bir alacak davasında alacağın karşı tarafa verilmesine, boşanma davasında boşanmaya karar verilmesine, kira bedelini artırım davasında kira bedelinin talep edilen miktara artırılmasına ihtiyati tedbir olarak karar verilemez (Yılmaz, s. 846). Özel kanunlarda düzenlenen ihtiyati tedbirlerde ise kanunda bu konuda hüküm bulunmak şartıyla uyuşmazlığı esastan çözecek nitelikte ihtiyati tedbir kararı verilebilir. Mesela TTK m. 63 (YTTK m. 61)'e göre mahkeme haksız rekabete ilişkin ihtiyati tedbir taleplerinde davanın esasını çözecek nitelikte ihtiyati tedbir kararı verebilir (Kuru, s. 3065; Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s. 406; Yılmaz, s. 868).

⁷⁶ Üstündağ, s. 28.

III- İHTİYATİ TEDBİRİN SONA ERMESİ

Sermaye taahhüdünde bulunan ortaklar aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilmesi, talepte bulunan kişilere sürekli bir koruma sağlamaz. İhtiyati tedbir kararıyla sağlanan korumanın devam edebilmesi için kurucular tarafından bazı tamamlayıcı işlemlerin yapılması gerekir. Bunun dışında ihtiyati tedbir kararı verilmesini gerektiren şartlarda değişiklik meydana gelmesi, ihtiyati tedbir kararına itiraz edilmesi veya esas hakkındaki davada kesin hüküm verilmesi halinde de ihtiyati tedbir kararlarının ortadan kalkması mümkündür.

A- İTİRAZ ÜZERİNE İHTİYATİ TEDBİR KARARININ KALDIRILMASI

İhtiyati tedbir kararları mahiyetleri gereği çoğu zaman karşı taraf dinlenmeden verildiğinden⁷⁷ yokluğunda ihtiyati tedbir kararı verilen kişiye ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz etme hakkı tanınmıştır (HMK m. 394/1). Buna göre aleyhine ihtiyati tedbir talep edilen anonim şirket ortağı, ihtiyati tedbir kararı kendisi dinlenmeden verilmişse, ihtiyati tedbir kararına itiraz edebilir. Ancak ihtiyati tedbir kararı aleyhine ihtiyati tedbir talep edilen ortak dinlenerek verilmişse, ihtiyati tedbir kararına itiraz edilmesi mümkün değildir. Zira bu durumda itiraza konu olabilecek hususların ihtiyati tedbir talebi karara bağlanırken ileri sürülebilmesi mümkündür⁷⁸. Zaten itirazlar da ihtiyati tedbir kararını veren mahkeme tarafından değerlendirilmektedir (HMK m. 394/2).

İtiraz, ihtiyati tedbir kararını veren mahkemeye bir dilekçe ile yapılır⁷⁹ (HMK m. 394/4). İhtiyati tedbir kararına karşı ihtiyati tedbirin uygulanması sırasında karşı taraf hazır bulunuyorsa, tedbirin uygulanmasından itibaren; hazır bulunmuyorsa tedbirin uygulanmasına ilişkin tutanağın tebliğinden itibaren bir hafta içinde⁸⁰ itiraz edilmesi gerekir. İhtiyati tedbir kararına hem karşı taraf hem de ihtiyati tedbir kararı dolayısıyla menfaatleri açıkça ihlal edilen üçüncü kişiler tarafından itiraz edilebilir (HMK m. 394/3)⁸¹. Üçüncü kişiler açısından

⁷⁷ HMK m. 390/2’ de duruşma yapılmaksızın ihtiyati tedbir kararı verilebileceği açıkça belirtilmiştir.

⁷⁸ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 621; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 670; **Kuru**, s. 3087.

⁷⁹ İtiraz dilekçesini alan mahkeme mutlaka duruşma açmak zorundadır. Taraflardan biri veya her ikisi de duruşmaya gelmezlerse hâkim dosya üzerinden karar verir. İhtiyati tedbir talebinin incelenmesinde olduğu gibi itirazın incelenmesi halinde de dosyanın işleminden kaldırılması söz konusu olmaz (**Yılmaz**, s. 974, 975; **Özekes**, s. 114).

⁸⁰ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na göre yargılama bitirilene kadar ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz edilebilmektedir (**Kuru**, s. 3087; **Pekcanitez**, s. 463).

⁸¹ HMUK m. 107’deki “gıyaben” ifadesinden dolayı üçüncü kişilerin ihtiyati tedbir kararına

İtirazda bulunma süresi ihtiyati tedbiri öğrenmelerinden itibaren başlar. İtiraz, ihtiyati tedbirin şartlarına, mahkemenin yetkisine ve teminata ilişkin olabilir (HMK m. 394/2). Mesela anonim şirkete sermaye olarak bir taşınmazın kullanım hakkının taahhüt edildiği bir durumda mahkemenin ihtiyati tedbir olarak tapuda taşınmazın devrinin yasaklanmasına ilişkin şerh düşmesi durumunda ihtiyati tedbir kararı yokluğunda verilen ortağın mahkemeye itiraz etmesi mümkündür. Bu durumda ihtiyati tedbir talebinde olduğu gibi itiraz eden tarafın haklılığını ispatlayacak kanıtlara dayanması gerekir⁸² (HMK m. 394/4). Ancak TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8)'e göre verilen ihtiyati tedbir kararlarının itiraz üzerine kaldırılması ihtimali oldukça zayıftır. Zira TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8)'e göre ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için talepte bulunan kişilerin mutlaka şirket esas sözleşmelerine dayanmaları gerekir. Ayrıca bu durumda taraflar arasında ihtiyati tedbir kararına konu taşınır veya taşınmazlar malların aynına ilişkin bir uyuşmazlık da söz konusu değildir⁸³. Ancak özellikle mahkemenin duruma uygun düşmeyen bir tedbire karar vermesi durumunda itiraz üzerine ihtiyati tedbirin değiştirilmesi söz konusu olabilir.

İhtiyati tedbir kararına karşı itirazda bulunulmuş olması ihtiyati tedbir kararının yerine getirilmesini kendiliğinden durdurmaz (HMK m. 394/1). Ancak mahkeme itiraz üzerine yapacağı duruşmaya kadar ihtiyati tedbir kararının yürütülmesini durdurabilir. Hâkim itiraz üzerine yapacağı inceleme sonucunda itirazda bulunan kişinin kısmen veya tamamen haklı olduğuna kanaat getirirse ihtiyati tedbir kararını kaldırabilir, değiştirebilir veya düzeltebilir. Aksi halde itiraz reddedilir. İtirazın kısmen veya tamamen kabulü veya reddi kararlarına karşı kanun yoluna başvurulabilir⁸⁴. Ancak kanun yoluna başvurulması da ihtiyati tedbirin uygulanmasını durdurmaz (HMK m. 394/5).

karşı itiraz edemeyecekleri ileri sürülmektedir (Yılmaz, s. 970).

⁸² Üstündağ, s. 47; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 670.

⁸³ TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8)'e göre ihtiyati tedbir talebinde bulunulan hallerde kurucular arasında sermaye taahhütleri konusunda bir ihtilaf söz konusu değildir. Aksine hangi ortağın şirkete ne miktarda sermaye getireceği imzaları noter tarafından onaylanmış şirket sözleşmesinde açıkça yer almaktadır. Burada ihtiyati tedbirle amaçlanan şey, ortaklarının taahhütlerinin aynen yerine getirilmesinin teminat altına alınmasıdır.

⁸⁴ Buna karşılık 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu açısından bu kararların ara karar olduklarından dolayı tek başlarına temyiz edilemeyecekleri ileri sürülmüştür (Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 621; Yılmaz, s. 974; Pekcanitez, s. 460; Yılmaz, Orhan, s. 38; Üstündağ, s. 55; Kuru, s. 3089).

B- ŞARTLARIN DEĞİŞMESİ NEDENİYLE İHTİYATİ TEDBİR KARARININ KALDIRILMASI

İhtiyati tedbir kararının verilmesini gerektiren durum ve koşullarda değişiklik olması durumunda mahkemeden ihtiyati tedbir kararının kaldırılması talebinde bulunulabilir (HMK m. 396). Durum ve şartların değişmesi sebebiyle ihtiyati tedbir kararının kaldırılması talebinde bulunulması HMK m. 394’de düzenlenen itirazdan farklıdır. Zira ihtiyati tedbir kararına itiraz edilmesi sadece karşı taraf dinlenmeden verilen ihtiyati tedbir kararlarında aleyhine tedbir kararı verilen kişiye savunma yapma imkânı tanınmak amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir. Buna karşılık HMK. m. 396’daki düzenleme durum ve koşullarda sonradan ortaya çıkan bir takım değişikliklere ilişkindir. Bu nedenle HMK m. 396’daki düzenlemeye dayanarak mahkemeye başvurulabilmesi için kararın tarafların yokluğunda verilir verilmemesi veya ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz edilip edilmemesi herhangi bir önem taşımaz. İhtiyati tedbir kararı verilmesini gerektiren durum ve koşullarda değişiklik olması durumunda hâkim talep üzerine mevcut ihtiyati tedbir kararının kaldırılması, değiştirilmesi veya düzeltilmesine karar verebilir. Hâkim ortaya çıkan bu yeni durum sebebiyle teminat talep edebileceği gibi teminat alınmamasına da karar verebilir.

TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8)’e göre verilen ihtiyati tedbir kararlarının şartların değişmesi sebebiyle kaldırılması özellikle ihtiyati tedbir kararı alındıktan sonra anonim şirketin kurulamaması halinde söz konusu olabilir. Anonim şirketin kurulamaması halinde ihtiyati tedbir kararı iki haftalık süre içerisinde esas hakkında dava açılmaması sebebiyle kendiliğinden ortadan kalkmaz. Zira TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8)’e göre iki haftalık süre anonim şirketin tescilinden itibaren işlemeye başlamaktadır. Anonim şirket kurulamadığı için iki haftalık sürenin işlemeye başlaması da mümkün değildir. Bu nedenle anonim şirketin kurulamaması halinde şartların değiştiği gerekçesiyle mahkemeye müracaat edilerek ihtiyati tedbir kararının ortadan kaldırılmasının talep edilmesi gerekir.

C- ANONİM ŞİRKETİN TESCİLİNDEN İTİBAREN İKİ HAFTA İÇİNDE ESAS HAKKINDAKİ DAVANIN AÇILMAMASI SEBEBİYLE İHTİYATİ TEDBİR KARARININ KALDIRILMASI

İhtiyati tedbir talepleri incelenirken taraflar arasındaki uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilmemektedir⁸⁵. Bu sebeple ihtiyati tedbir kararıyla

⁸⁵ Üstündağ, s. 11; Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s. 406; Kuru, s. 3064; Yılmaz, s. 670, 845;

sağlanan korumanın devam ettirilebilmesi için mutlaka esas hakkındaki davanın açılmış olması gerekir. Aksi halde yaklaşık ispata ilişkin kurallar çerçevesinde verilen ihtiyati tedbir kararıyla taraflar arasındaki hukuki durumun uzun süre askıda kalması ve tedbirin karşı taraf üzerinde bir baskı unsuru olarak kullanılması söz konusu olur⁸⁶. Bu nedenle ihtiyati tedbirin kısa süre içerisinde davaya dönüştürülmesi bir başka ifadeyle taraflar arasındaki uyumsuzluğun esasının mahkemeler tarafından karara bağlanması gerekir.

HMK m. 397/1'e göre ihtiyati tedbir kararının uygulanmasının talep edildiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde esas hakkındaki davanın açılması zorunludur. Ayrıca ihtiyati tedbir talebinde bulunan kişilerin esas hakkında dava açıldığına ilişkin evrakı, kararı uygulayan memura ibraz ederek karşılığında bir belge almaları gerekir. İki haftalık süre içerisinde dava açılması ve buna ilişkin belgenin yetkili kişilere verilmesi halinde ihtiyati tedbir kararı kural olarak esas hakkındaki davada nihai karar kesinleşinceye kadar devam eder⁸⁷. Ancak mahkeme hükmüyle birlikte tedbirin kaldırılmasına da karar verebilir⁸⁸. İki haftalık süre içerisinde esas hakkındaki davanın açılmaması halinde ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden ortadan kalkar⁸⁹. Bu durumda tapu sicilindeki devir yasağının kaldırılması gibi gerekli işlemlerin de yapılması gerekir⁹⁰.

Esas hakkındaki davanın iki haftalık süre içerisinde açılmasına ilişkin HMK m. 397/1'deki düzenleme ihtiyati tedbir talebinin esas hakkındaki dava açılmadan verilmiş olması halinde söz konusu olur. İhtiyati tedbir talebi esas hakkındaki davayla birlikte veya daha sonra talep edilmişse talep sahibinin başka bir işlem yapmasına gerek yoktur⁹¹.

HMK m. 397'de düzenlenen iki haftalık süre, esas hakkındaki davaya ilişkin bir zamanaşımı veya hak düşürücü süre değildir. İki haftalık süre içerisinde esas hakkında dava açılması ihtiyati tedbir kararıyla sağlanan

Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 617; **Yıldırım**, s. 9; **Üstündağ**, s. 28; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 668.

⁸⁶ HMK m. 397 Gerekçesi. Aralarında Almanya ve İsviçre'nin de bulunduğu bazı ülkelerde ihtiyati tedbir kararının alınmasından sonra esas hakkında dava açılmamasına sık sık rastlanmaktadır (**Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, s. 406).

⁸⁷ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 668.

⁸⁸ HMK m. 397 Gerekçesi.

⁸⁹ **Üstündağ**, s. 45; **Kuru**, s. 3097; **Ansay**, Şakir, s. 199; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 668.

⁹⁰ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 668; **Ansay**, Şakir, s. 199; **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, s. 412.

⁹¹ HMK m. 397 Gerekçesi.

korumanın esas hakkındaki davada nihai kararın verilmesine kadar devam etmesini sağlar. Buna karşılık iki haftalık süreden sonra da esas hakkında dava açılabilir. Ancak bu durumda ihtiyati tedbir kararı iki haftalık sürenin sonunda kendiliğinden ortadan kalkmış olacağından⁹² mahkemenen yeniden ihtiyati tedbir talebinde bulunulması gerekir⁹³.

TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8)'e göre talep edilen ihtiyati tedbirlerde esas hakkındaki davanın açılmasına ilişkin iki haftalık süre anonim şirketin tescil ve ilanından itibaren işlemeye başlar⁹⁴. Zira anonim şirket tescille tüzel kişilik kazanacağından tescilden önce şirket adına dava açılması mümkün değildir. Bunun dışında anonim şirketlerde ortakların aynî sermaye koyma borçları şirketin tesciliyle birlikte muaccel hale gelmektedir. Bu sebeple anonim şirketin tescilinden önce ortakların sermaye taahhütlerini yerine getirmelerine yönelik bir dava (esas hakkında dava) açılmamaktadır.

Anonim şirketin tüzel kişilik kazanmasından sonra bazı durumlarda sermaye taahhüdünün yerine getirilmesi konusunda (esas hakkında) dava açılması gerekemeyebilir. Zira TTK m. 285/2'ye göre anonim şirketlere sermaye olarak taşınmazların taahhüt edilmesi durumunda şirketin tek taraflı olarak söz konusu taşınmazın kendi adına tescil edilmesini talep etme hakkı bulunmaktadır⁹⁵. Aynı şekilde YTTK m. 128/5'e göre şirketin tesciliyle birlikte ticaret sicili müdürünün ve anonim şirketin de taşınmaz sermaye taahhütlerinin şirket adına tescil edilmesini talep edebilmeleri mümkündür. Bu sebeple şirketin tüzel kişilik kazanmasından sonra üzerinde TTK m. 140/5 (YTTK m. 128/8) gereğince ihtiyati tedbir bulunan taşınmazların TTK m. 285/2 (YTTK m. 128/5)'ye göre şirket adına tescil edilmesi durumunda artık esas hakkında dava açılması gerekmez. Bu durumda da ihtiyati tedbirin kendiliğinden sona erdiğinin kabul edilmesi gerekir⁹⁶.

⁹² Üstündağ, s. 45; Kuru, s. 3097.

⁹³ Üstündağ, s. 55; Yıldırım, s. 132.

⁹⁴ Bu sebeple esas hakkındaki dava kurucular tarafından değil anonim şirket yönetim kurulu tarafından açılır.

⁹⁵ Anonim şirketlerde taşınmaz sermaye taahhütlerine ihtiyati tedbir konulurken “devredilemez” şerhi konulması anonim şirketin TTK m. 285/2'ye göre tescil talebinde de bulunmasına engel teşkil edebilir. Zira bu durumda taşınmaz üzerinde ihtiyati tedbir bulunduğundan tapu memuru, taşınmazı şirket adına tescil etmekten imtina edecektir. Bu sebeple anonim şirketlere sermaye olarak taahhüt edilen taşınmazlar üzerine ihtiyati tedbir konulurken sermaye taahhüdünde bulunulan anonim şirket dışında bir başka kişiye devredilmesinin yasaklanması gerekir.

⁹⁶ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N. 1029.

D- KARŞI TARAFIN TEMİNAT GÖSTERMESİ HALİNDE İHTİYATİ TEDBİR KARARININ KALDIRILMASI

İhtiyati tedbir kararını sona erdiren diğer bir sebep de aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen tarafın teminat göstermesidir. Buna göre aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen ortak teminat göstererek ihtiyati tedbir kararının kaldırılmasını, düzeltilmesini veya değiştirilmesini talep edebilir (HMK m. 395/1). Ancak mahkeme aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen ortağı bu konudaki talebini kabul etmek zorunda değildir⁹⁷. Hâkim talep üzerine yapacağı inceleme neticesinde ihtiyati tedbirin kaldırılması, düzeltilmesi veya değiştirilmesine karar verebileceği gibi talebin reddine de karar verebilir. Hâkim teminatın tutarını ihtiyati tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılmasına göre belirler. Teminat tutarı belirlenirken lehine ihtiyati tedbir kararı verilen tarafın da menfaatinin gözetilmesi gerekir. Ancak tarafların teminatın miktarı konusunda anlaşmış olmaları durumunda teminat miktarı anlaşmaya uygun şekilde belirlenir⁹⁸ (HMK m. 87) Hâkimin HMK m. 395'e göre teminat karşılığında ihtiyati tedbirin kaldırılması veya değiştirilmesine yönelik taleplere ilişkin vereceği kararlar ara karar niteliğinde olduğundan bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulması mümkün değildir⁹⁹.

E- ESAS HAKKINDAKİ KARARIN KESİNLEŞMESİYLE BİRLİKTE İHTİYATİ TEDBİR KARARININ KALKMASI

Anonim şirketlerde sermaye taahhüdünü yerine getirmeyen ortaklara karşı çeşitli müeyyideler uygulanabilir. Bu müeyyidelerden birisi de sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağa karşı aynen ifa davası açılmasıdır. TTK m. 140/5(YTTK m. 128/8)'e göre ihtiyati tedbir kararı alındıktan sonra ortağa karşı aynen ifa davası açılmış olması durumunda ihtiyati tedbir kararıyla sağlanan koruma, kesin hukuki korumanın sonucuna kadar devam eder¹⁰⁰. İhtiyati tedbir kararı kural olarak mahkemenin esas hakkındaki kararının kesinleşmesiyle birlikte ortadan kalkar (HMK m. 397/2). Ancak mahkeme verdiği hükmün yerine getirilebilmesi için bir süre daha ihtiyati tedbir kararının devamına karar verebilir. Mahkemenin bu şekilde bir karar verebilmesi için mahkemeden bu yönde bir talepte bulunulması ve mahkemenin bu talebi

⁹⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 672.

⁹⁸ Yılmaz, s. 980.

⁹⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 623; Kuru, s. 3099.

¹⁰⁰ Pekcanitez, s. 456.

uygun görmesi gerekir¹⁰¹. Hâkim gerekli görürse ihtiyati tedbirin devamı için ek bir teminat isteyebileceği gibi daha önce alınan teminatın tamamen veya kısmen iadesine de karar verebilir. Eğer mahkeme ihtiyati tedbir kararının devamına yönelik bir karar verecekse bunu mutlaka kararda belirtmelidir. Hükmün verilmesinden sonra mahkemenin ihtiyati tedbir kararının devamı yönünde bir karar verebilmesi mümkün değildir¹⁰². HMK m. 397/2'ye göre ihtiyati tedbirin hükmün kesinleşmesinden sonra da devam etmesine karar verilebilmesi için davanın ihtiyati tedbir koydurmuş taraf lehine sonuçlanması gerekir¹⁰³. Aksi halde hükmün kesinleşmesiyle birlikte ihtiyati tedbir kararı bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkar¹⁰⁴.

Mahkeme kararında aksi belirtilmediği sürece hükmün kesinleşmesiyle birlikte ihtiyati tedbir kararı başka bir işleme gerek kalmaksızın (kendiliğinden) ortadan kalkar. Bu nedenle mahkemenin kararında ihtiyati tedbir kararının kaldırıldığını özel olarak belirtmesine gerek yoktur. Tam aksine mahkeme eğer ihtiyati tedbir kararının devamına ilişkin karar verecekse bunu özel olarak belirtmelidir. İhtiyati tedbir kararının ortadan kalkması için hükmün davanın esasına ilişkin olması gerekir. Zira usule ilişkin hükümler ihtiyati tedbir kararının ortadan kalkmasına sebep olmaz. Mesela davanın usulden reddi halinde ihtiyati tedbir kararı ortadan kalkmaz¹⁰⁵. Ancak usule ilişkin kararla dava sona ermekte ise böyle bir karar sonucunda da ihtiyati tedbir kendiliğinden kalkar¹⁰⁶.

IV - HAKSIZ İHTİYATİ TEDBİR NEDENİYLE UĞRANILAN ZARARLARIN TAZMİNİ

Kurucuların ihtiyati tedbir talebinde bulunmuş olmaları sebebiyle karşı tarafın veya üçüncü kişilerin zarara uğramaları mümkündür. Ancak kurucuların ihtiyati tedbir talebinde bulunmalarında haklı olmaları durumunda karşı tarafın ve üçüncü kişilerin uğradıkları zarara katlanmaları gerekir. Buna

¹⁰¹Yılmaz, s. 984; Kuru, s. 3101.

¹⁰²Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 623; Kuru, s. 3102. Aynı şekilde hükmün verilmesinden sonra Yargıtay'dan da ihtiyati tedbir talebinde bulunulması mümkün değildir (Pekcanitez, s. 462).

¹⁰³Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 623; Yılmaz, s. 985; Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s. 413.

¹⁰⁴Yılmaz, s. 845.

¹⁰⁵Yılmaz, s. 981, 982. Bu konuda ayrıca bkz. Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s. 413; Ansay, Şakir, s. 199.

¹⁰⁶Kuru, s. 3103. *Postacıoğlu*, bu tür kararlarda da ihtiyati tedbir kararının kalkmayacağını savunmaktadır (Postacıoğlu, s. 355).

karşılık esas hakkındaki dava sonucunda ihtiyati tedbir kararının haksız olduğunun ortaya çıkması veya ihtiyati tedbir kararının kendiliğinden veya itiraz üzerine kaldırılması durumunda karşı tarafın ve üçüncü kişilerin ihtiyati tedbir talebinde bulunan kurucular aleyhine tazminat davası açabilmeleri mümkündür¹⁰⁷.

Kurucular tarafından TTK m. 140/5(YTTK m. 128/8)'e göre ihtiyati tedbir talebinde bulunulduğunda mahkeme uyuşmazlığın esasına yönelik bir karar vermez. Bu nedenle kuruculardan haklılıklarını tam olarak değil yaklaşık olarak ispat etmeleri beklenir. Mahkeme de kurucuların haklı olduklarına ilişkin bir kanaat oluşması durumunda ihtiyati tedbir kararı verir. Dolayısıyla haksız olarak ihtiyati tedbir kararı verilmesi durumuyla zaman zaman karşı karşıya kalınabilir. Ancak kurucuların ihtiyati tedbir taleplerinin şirket sözleşmesine dayanması gerektiğinden böyle bir durumla karşılaşılması ihtimali oldukça zayıftır. Buna rağmen haksız olarak ihtiyati tedbir kararı verilmesi durumda karşı tarafın ve üçüncü kişilerin zararının tazmin edilmesi gerekir¹⁰⁸. Aynı şekilde kurucular lehine verilen ihtiyati tedbir kararının kendiliğinden veya talep üzerine kaldırılması halinde de tazminat ödenmesi söz konusu olabilir (HMK m. 399/1)¹⁰⁹. Bu açıdan ihtiyati tedbir talep eden kurucuların kusurlu olup olmamaları da önem taşımaz¹¹⁰.

İhtiyati tedbir talebinde bulunan kurucular aleyhine tazminat davası açılabilmesi için ihtiyati tedbir kararının uygulanmış olması zorunlu değildir. İhtiyati tedbir kararının, karar uygulanmadan kendiliğinden ortadan kalktığı durumlarda da tazminat talebinde bulunulabilir. Mesela ihtiyati tedbir kararının verildiği tarihten itibaren bir hafta içerisinde kurucular tarafından

¹⁰⁷ Yılmaz, s. 992; Yılmaz, Orhan, s. 83; Ansay, Şakir, s. 199; Kayıhan/Erdem, s. 244; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 672; Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s. 414.

¹⁰⁸ Yılmaz, s. 992; Önen, s. 105; Yılmaz, Orhan, s. 83. Buna karşılık davanın ihtiyati tedbir talebinde bulunan kişinin lehine sonuçlanması halinde karşı taraf ve üçüncü kişilerin ihtiyati tedbir kararı sebebiyle uğradıkları zarara katlanmaları gerekir.

¹⁰⁹ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda bu davayla ilgili ayrıntılı düzenlemeler mevcut değildir. Sadece HUMK m. 110'da ihtiyati tedbir talep eden kişinin bundan diğer tarafın ve üçüncü kişilerin muhtemel zararlarına karşılık teminat gösterme zorunluluğu düzenlenmiştir. Bu sebeple haksız ihtiyati tedbirden dolayı açılacak olan tazminat davası haksız fiilden doğan tazminat davasına benzetilmiş bu nedenle de bu davaya haksız fiilden doğan tazminat davalarına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür (Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 623, 624; Yılmaz, s. 992; Yılmaz, Orhan, s. 84 vd.; Kuru, s. 3106; Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s. 414; Kayıhan/Erdem, s. 245; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 672).

¹¹⁰ Önen, s. 105; Kuru, s. 3114; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 672; Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s. 414; Kayıhan/Erdem, s. 241, 242.

kararın uygulanmasının talep edilmesi zorunludur. Aynı şekilde anonim şirketin tescilinden itibaren iki hafta içerisinde esas hakkındaki davanın da açılması gerekir. Aksi halde ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden ortadan kalkar. Bu durumda da karşı tarafın veya üçüncü kişilerin ihtiyati tedbir kararından dolayı herhangi bir zararları varsa bunun tazmin edilmesi amacıyla ihtiyati tedbir talebinde bulunan kişiler aleyhine tazminat davası açabilmeleri mümkündür¹¹¹.

Haksız ihtiyati tedbirden dolayı tazminat davası, esas hakkındaki davanın karara bağlandığı mahkemede açılır¹¹². Bu davanın hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbir kararının kalkmasından itibaren bir yıl içinde açılmış olması gerekir (HMK m. 399/2,3).

V- SONUÇ

Aynî sermaye taahhütlerinin esas sözleşmede belirtilen şekilde yerine getirilmesi anonim şirketler açısından oldukça önemlidir. Zira aynî sermaye taahhütlerinin esas sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirilmemesi anonim şirket açısından telafisi imkânsız bir takım zararlara yol açabilmektedir. Bu sebeple Türk Ticaret Kanunu'nda aynî sermaye taahhütlerinin yerine getirilmesi konusunda çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak sermaye taahhüdünde bulunan ortak tarafından sermayenin taahhüt edildiği aşamayla sermaye taahhütlerinin yerine getirileceği aşama arasında aynî sermaye taahhütlerinin esas sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirilmesini engelleyecek davranışlar içerisinde bulunulabilir. Bu sebeple TTK m. 140/5'de kuruculara, aynî sermaye taahhütlerinin yerine getirilmesinin teminat altına alınması amacıyla ihtiyati tedbir talebinde bulunma yetkisi tanınmıştır.

İhtiyati tedbir konusu esas olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ancak çeşitli kanunlarda da ihtiyati tedbirlere ilişkin

¹¹¹Karşı taraf ihtiyati tedbirin uygulanmaması veya kaldırılması konusunda teminat göstermişse karar uygulanmamış olsa dahi HMK m. 392'ye göre zararının tazmin edilmesini talep edebilir (Madde Gerekeşi). Buna karşılık Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre tazminat davası açabilmek için kararın uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir (**Kuru**, s. 3106; **Önen**, s. 105; **Kayıhan/Erdem**, s. 245).

¹¹²HMK. m. 399'da yetkili mahkeme, sadece esas hakkında dava açılmış olması durumu dikkate alınarak düzenlenmiştir. Buna karşılık ihtiyati tedbir talebinin kendiliğinden veya itiraz üzerine kaldırıldığı durumlarda da tazminat davası açılabilir. Dolayısıyla esas hakkında dava açılmadan veya esas hakkındaki dava karara bağlanmadan da tazminat davası açılabilmesi mümkündür. Bu nedenle tazminat davası konusundaki yetkili ve görevli mahkemenin esas hakkında davaya bakmakla görevli mahkeme şeklinde düzenlenmesi isabetli olacaktır.

düzenlemelere yer verilmiştir. Özel kanunlardaki ihtiyati tedbirler konusunda karar verilirken bu kanunlardaki düzenlemeler çerçevesinde bir değerlendirme yapılır. Bu sebeple anonim şirketlerde sermaye taahhütlerinin yerine getirilmesi konusunda verilecek ihtiyati tedbirler konusunda öncelikli olarak TTK m. 140/5'e müracaat edilmesi gerekir. Ancak burada hüküm bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulama alanı bulur. Bu sebeple TTK m. 140/5'e göre talep edilen ihtiyati tedbirlerde hâkimin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki değil TTK m. 140/5'deki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırması gerekir.

TTK m. 140/5'e göre ihtiyati tedbir talebinde bulunma yetkisi kuruculara tanınmıştır. Kanaatimizce ihtiyati tedbir talebinde anonim şirket esas sözleşmesine dayanılması ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi açısından yeterli olacaktır. Kurucuların bu konuda başka bir delil göstermeleri gerekmez. Kurucular, TTK m. 140/5'e göre ancak şirketin tesciline kadar ihtiyati tedbir talebinde bulunabilirler. Şirketin tescilinden sonra ihtiyati tedbir talebinde bulunma yetkisi yönetim kuruluna aittir.

6102 sayılı (yeni) Türk Ticaret Kanunu'nda da aynı sermaye taahhütlerinin yerine getirilmesine yönelik çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir. Bu konudaki en önemli düzenleme nakit dışında kalan değerlerin anonim şirkete sermaye olarak getirilme şartlarına ilişkindir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre taşınırın anonim şirkete sermaye olarak konulabilmesi için güvenilir bir kişiye tevdi edilmeleri veya varsa özel sicillerine tescil edilmeleri, taşınmazların da tapuya şerh verilmeleri gerekmektedir. Bu düzenlemelerle ihtiyati tedbir müessesesiyle elde edilmek istenen sonuç büyük ölçüde elde edilmiş olacaktır. Bu sebeple yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 01.07.2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmesiyle birlikte sermaye koyma borçlarının yerine getirilmesine yönelik ihtiyati tedbirlere duyulan ihtiyaç da oldukça azalacaktır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Alangoya**, H.Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Yıldırım**, N. Deren, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009.
- Ansay**, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama usulleri, 7. Baskı, Ankara 1960.
- Ansay**, Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1982.
- Arslanlı**, Halil, Anonim Şirketler, C. I, İstanbul 1959.
- Arslanlı**, Halil/**Demaniç**, Hayri, Ticaret Kanunu Şerhi, C.III, İstanbul 1989.
- Bahtiyar**, Mehmet, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001.
- Bahtiyar**, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2007.
- Barlas**, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998.
- Baştuğ**, İrfan, Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması, İzmir 1966.
- Bilgin**, Yüksel, Sermaye Ortaklıklarında Katılma Payı ve Hukuksal Sonuçları, Ankara İTİAD, 1978, C. 10, Sa. 1-2, s. 173-196.
- Çevik**, Orhan Nuri, Anonim Şirketler, 3.Baskı, Ankara 1988, s. 840.
- Davran**, Bülent, Sermaye Şirketlerinde Apor Meseleleri, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 10-18 Mayıs 1961, Ankara 1962, s. 5-28.
- Doğanay**, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 4. Bası, Birinci Cilt, İstanbul 2004.
- Demaniç**, Hayri, Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler, 4. Bası, İstanbul 1988 (Kollektif Şirket).
- Demaniç**, Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi C.II, İstanbul 1988 (C.II).
- Demaniç**, Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I, İstanbul 1988 (C.I).
- Eriş**, Gönen, Açıklamalı-İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticarî İşletme ve Şirketler, Ticaret Şirketleri-Madde 223-556, 2.Cilt, 4.Baskı, Ankara 2007.
- Göle**, Celal, Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt, Ankara 1976.

Hırş, Ernst E., Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948.

İmregün, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1968.

İzmirli, Yadiğar, Türk Ticaret Kanununa Göre Tasfiye Memurlarının Görev Yetki ve Sorumlulukları, Ankara 2001.

Karayalçın, Yaşar, Para Değerinde Değişmeler - Yabancı Sermaye ve Anonim Şirketlerde Aynî Pay, Mahmut Koloğlu'na 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975.

Kayhan, Şaban/**Erdem**, Murat, Haksız İhtiyati Tedbir ve Haksız İhtiyati Haciz Koyduranın Sorumluluğu, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, Sa.1, s. 239-256.

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü C.III, 5. Baskı, İstanbul 1991.

Kuru, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2010.

Moroğlu, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Taslağı, Değerlendirme ve Öneriler, 4.Bası, Ankara 2006.

Morse, Geoffrey, Charlesworth's Company Law, Seventeenth Edition, London 2005.

Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979.

Özdamar, Mehmet, Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Taşınmazların Taahhüt Edilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X, Sa. 1-2, Y.2006, s. 93-117.

Özekes, Muhammet, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, Sa. 2, Y. 2002, s. 89-137.

Özkan, Hasan, İhtiyati Tedbir, Delil Tespiti ve İhtiyati Haciz ile Kamu Alacağının Tahsilinde İhtiyati Haciz; 2.Bası, Ankara 1997.

Pekcanitez, Hakan, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2000.

Pekcanitez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 10. Bası, Ankara 2011.

- Peltzer**, Martin/**Hickinbotham**, Anthony G., Aktiengesetz und Mitbestimmungsgesetz, Köln 1999.
- Pennington**, Robert R., Company Law, Eighth Edition, Great Britain 2001.
- Poroy**, Reha (**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin) Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2010.
- Postacıoğlu**, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1962.
- Steiger**, Von, İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku, Çev. Çağa, Tahir, İstanbul 1968.
- Tekil**, Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998.
- Üstündağ**, Saim, İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1981.
- Yıldırım**, Nevhis Deren, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınâî Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1999.
- Yılmaz**, Ejder; Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C.I, Ankara 2001.
- Yılmaz**, Orhan, İhtiyati Tedbirler, Konya 1982 (İhtiyati Tedbirler).

SERMAYE PİYASASI ARAÇLARININ KAYDİLEŞTİRİLMESİ VE KAYDI SİSTEM KAPSAMINDA DEVLET İÇ BORÇLANMA SENETLERİNİN KAYDI OLARAK İHRACI

Mücahit ÜNAL*

ÖZET

Sermaye Piyasası Kanunu'na 10/A maddesinin eklenmesi ile birlikte, bazı sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi mümkün hale gelmiştir. Bu sermaye piyasası araçları, sadece elektronik ortamdaki kayıtlarda yer almakta ve bunlara ilişkin işlemler kaydi sistem aracılığıyla yapılmaktadır. Devlet İç Borçlanma senetleri de bir sermaye piyasası aracı türüdür. Bu çalışmada bir sermaye piyasası aracı türü olan devlet iç borçlanma senetlerinin Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından yürütülen kaydi sistem kapsamında olup olmadığı üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Sermaye Piyasası Araçları, Kaydileştirme, Kaydi Sistem, Devlet İç Borçlanma Senetleri

DEMATERIALIZED ISSUE OF DOMESTIC GOVERNMENT BONDS IN ACCORDANCE WITH DEMATERIALIZATION OF SECURITIES AND BOOK – ENTRY SYSTEM

ABSTRACT

With the adding of the Article 10/A to Securities Exchange Act, some of the securities were dematerialized. The physical asset of these securities can only be found in electronic records and the transactions related to them are made by book – entry system. Domestic government bonds are also a kind of securities. This study deals with whether the domestic government bonds which are a kind of securities are included in the book – entry system conducted by the Central Registry Agency or not.

Key Words: Securities, Dematerialization, Book – Entry System, Domestic Government Bonds

* Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi, munal@selcuk.edu.tr

GİRİŞ

4487 sayılı Kanun¹ ile Sermaye Piyasası Kanunu'na "Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi" başlıklı 10/A maddesi eklenmiştir. Böylece sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilerek kaydi sisteme aktarılması ve bu araçların kaydi sistemi yürütmekle görevli Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde tutulan elektronik ortamdaki hesaplarda kaydi olarak izlenmesi hüküm altına alınmıştır.

Devlet iç borçlanma senetleri bir sermaye piyasası aracı türü olup, bu senetler uygulamada, yukarıdaki söz konusu kanuni düzenlemeden önce de fiziki olarak senet üzerine basılarak ihraç edilmemekteydi. Bu noktada devlet iç borçlanma senetlerinin Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından yürütülen kaydi sistem kapsamında kaydi olarak ihraç edilip edilemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir.

Bu çalışma, devlet iç borçlanma senetlerinin kaydi olarak ihraç edilip edilemeyeceğini ve kaydi olarak ihraçları mümkün ise bu ihracın kaydi sistem kapsamında yapılıp yapılamayacağını incelemek amacıyla hazırlanmıştır².

I. GENEL OLARAK

A. Kaydileştirme

Kaydileştirme³, bazı sermaye piyasası araçlarının⁴ fiziki olarak senet⁵

¹ 15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması İle Ticaret Ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları Ve Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları Ve Ticaret Borsaları Birliği Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun (RG. T. 18.12.1999, S. 23910).

² Kaydileştirme ve kaydi sistem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAL, Mücahit, Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi, Ankara 2011.

³ "Kaydileştirme" kavramı, uluslar arası literatürde "*Dematerialization*" olarak anılmaktadır. Kaydileştirme kavramı, dar ve geniş anlamda olmak üzere iki farklı şekilde kullanılmaktadır. Bu çalışma kapsamında kullanılan kaydileştirme kavramı ile kastedilen dar manada kaydileştirme kavramı yerine kaydi sistem kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Kaydileştirmenin dar ve geniş manada olmak üzere iki farklı şekilde kullanıldığı yönünde bkz. BJERRE, Carl S. / ROCKS, Sandra M., *The ABCs of the UCC, Article 8: Investment Securities*, US 2004, s. 2 – 3; IOSCO, *Towards A Legal Framework for Clearing and Settlement in Emerging Markets*, 1997, s. 6; SIFMA, *Securities Industry Immobilization & Dematerialization Implementation Guide*, 2008, s. 3.

⁴ Tanımda bazı sermaye piyasası araçları ifadesinin kullanılmasının sebebi kaydileştirmenin her zaman tüm sermaye piyasası araçlarını kapsamamasıdır. Bunun sebebi bazen kaydi sermaye piyasası aracının özelliği bazen ise kaydileştirmeye ilişkin hukuki düzenlemeler olabilir.

⁵ Buradaki senet kavramı üzerine yazı yazılabilen her türlü materyali kapsayacak şekilde geniş anlaşılmalıdır. Kıymetli evraktaki senet kavramının da üzerine yazı yazılabilecek ve imza

üzerine basılmasından vazgeçilerek bu sermaye piyasası araçlarına karşılık gelmek üzere elektronik ortamda⁶ kayıtlar oluşturulmasıdır⁷. Diğer bir ifade ile sermaye piyasası araçlarının fiziki olarak teccsüm ettikleri senetlerin imha edilmesi ve imha edilen bu senetlere karşılık elektronik ortamda kaydi sermaye piyasası aracı oluşturulması işlemine kaydileştirme ismi verilmektedir⁸. Kaydi sermaye piyasası aracı ise, “fiziki olarak bir senet üzerine basılarak teccsüm etmeyen, Sermaye Piyasası Kurulu’nca kaydileştirilmesine karar verilerek kaydi sisteme aktarılan veya doğrudan kaydi sistemde ihdas edilen ve kaydi sistem kapsamında elektronik ortamdaki hesaplarda kaydi olarak saklanan ve izlenen sermaye piyasası aracı” olarak tanımlanabilir⁹. Kaydi sermaye piyasası araçları, kural olarak, fiziki sermaye piyasası araçları ile aynı özelliklere sahiptir. Fiziki sermaye piyasası aracı ile kaydi sermaye piyasası aracının sahibine tanıdığı haklar da aynıdır¹⁰. Aralarındaki tek fark, kaydi sermaye piyasası aracının fiziki olarak bir senet üzerine basılmamış olması ve buna bağlı olan sonuçlardır¹¹.

atılabilecek (mikrofilm, disket, çip ve hatta veri tabanı dahil) her türlü materyali kapsayacak şekilde geniş anlaşılması gerektiği yönünde bkz. POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2006, s. 19.

⁶ Sermaye Piyasası Kanunu’nun 10/A maddesinin 2. fıkrasında kayıtlara ilişkin bilgi verilirken, “Kayıtlar, Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından, bilgisayar ortamında, ihraççılar, aracı kuruluşlar ve hak sahipleri itibariyle tutulur” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümde kayıtların tutulacağı yer bilgisayar ortamı olarak gösterilmiştir. Ancak kanaatimizce tanım yapılırken “bilgisayar ortamı” yerine “elektronik ortam” kavramının kullanılması tercih edilmelidir. Çünkü kaydi sermaye piyasası araçlarının bilgisayar ortamı dışında başka elektronik ortamlarda da tutulabilmesi mümkündür. Nitekim elektronik ortam, bilgisayar ortamını da kapsayan bir üst kavram niteliğindedir. Kayıtların tutulması açısından elektronik ortam kullanımı için bkz. ERGİNCAN, Yakup / YAYLA, Ümit, Hisse Senetlerinin Kaydileştirilmesi Sonrası Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Oy Hakkının Kullanılması, Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2004, s. 158; SPK, Sermaye Piyasası Araçları, SPK Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları – 2, Ankara 2010, s. 18.

⁷ LOADER, David, Clearing, Settlement and Custody, UK 2008, s. 201; NORMAN, Peter: Plumbers and Visionaries Securities Settlement and Europe’s Financial Market, England 2007, s. 11, 315; IOSCO, s. 6.

⁸ GUYNN, Randall D.: Modernizing Securities Ownership, Transfer and Pledging Laws, UK 1996, s. 13; SIFMA, s. 3.

⁹ SODERQUIST, Larry D. / GABALDON, Theresa A.: Securities Law, US 2007, s. 2; GUYNN, s. 13; LOADER, s. 201; GARNER, Bryan A., Black’s Law Dictionary, Pocket Edition, US 2006.

¹⁰ CLARK, Robert Charles: Abstract Rights versus Paper Rights under Article 9 of the Uniform Commercial Code, *The Yale Law Journal* 1975, C. 84, S. 3, s. 445 vd.

¹¹ BJERRE/ROCKS, s. 6 – 7; GUYNN, s. 13 – 14.

B. Kaydi Sistem

Kaydi sistem¹², sistem kapsamındaki sermaye piyasası araçlarının fiziki olarak senet üzerine basılması yerine elektronik ortamda¹³ kaydi olarak oluşturulduğu¹⁴, bu araçların ve bu araçlara ilişkin hakların merkezi saklama kuruluşu (Merkezi Kayıt Kuruluşu) nezdinde tutulan hesaplarda kayden izlendiği ve bu araçlara ilişkin hukuki işlemlerin merkezi saklama kuruluşu nezdindeki hesaplar üzerinde kaydi olarak yapılan değişiklikler yoluyla gerçekleştirildiği merkezi bir saklama sistemidir¹⁵.

C. Devlet İç Borçlanma Senetleri

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin iç ve dış borçlanması 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun¹⁶ çerçevesinde yapılmaktadır. 4749 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre devlet adına borçlanma yetkisi Bakan'a aittir. Bakan ile kastedilen Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu bakanıdır (4749 sayılı Kanun m.3). Bakan bu yetkisini Hazine Müsteşarı'na devredebilir. Ancak yetki devri Bakan'ın sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. 4749 sayılı Kanun'a göre devletin iç borcu; Hazine Müsteşarlığı tarafından yurt içinde ihraç olunan devlet iç borçlanma senetleri, Hazinenin geçici nakit ihtiyacını karşılamak için yurt içi piyasalardan yaptığı borçlanmalar ve senede bağlı olup olmadığına bakılmaksızın Hazine Müsteşarlığı tarafından üstlenilen her türlü malî yükümlülükleri ifade etmektedir (m.3). Yine aynı kanuna göre devlet iç borçlanma senetleri, Hazine Müsteşarlığı tarafından yurt içinde ihraç edilen borçlanma senetlerini ifade

¹² “Kaydi Sistem” kavramı uluslar arası literatürde “*Dematerialised System*”, “*Uncertificated Securities System*” veya “*Book – Entry System*” olarak anılmaktadır. NORMAN, s. 311 vd.

¹³ Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A maddesinin 2. fıkrasında kayıtlara ilişkin bilgi verilirken, “*Kayıtlar; Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından, bilgisayar ortamında, ihraççılar, aracı kuruluşlar ve hak sahipleri itibarıyla tutulur*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümde kayıtların tutulacağı yer bilgisayar ortamı olarak gösterilmiştir. Ancak kanaatimizce tanım yapılırken “bilgisayar ortamı” yerine “elektronik ortam” kavramının kullanılması tercih edilmelidir. Çünkü kaydi sermaye piyasası araçlarının bilgisayar ortamı dışında başka elektronik ortamlarda da tutulabilmesi mümkündür. Nitekim elektronik ortam, bilgisayar ortamını da kapsayan bir üst kavram niteliğindedir. Kayıtların tutulması açısından elektronik ortam kullanımı için bkz. ERGİNCAN/YAYLA, s. 158; SPK, s. 18.

¹⁴ Kaydi olarak oluşturulma kavramı ile hem yeni ihraç edilen sermaye piyasası araçlarının kaydi sistemde ihdas edilmesi hem de daha önce fiziki olarak senet üzerine basılan sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilerek kaydi sisteme aktarılması kast edilmektedir.

¹⁵ Bkz. NORMAN, s. 11, 315; ÜNAL, Oğuz Kürşat: Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, C. 5, S. 1 – 2, s. 1 vd.

¹⁶ RG. T. 09.04.2002, S. 24721.

etmektedir (m.3). Bu çerçevede değerlendirildiğinde devlet iç borçlanma senetleri (DİBS), devlet adına Hazine Müsteşarlığı tarafından yurt içinde ihraç edilen ve devlet açısından borçlanma aracı olarak kullanılan sermaye piyasası araçları olarak tanımlanabilir¹⁷. Devlet iç borçlanma senetlerinin hazine bonosu ve devlet tahvili gibi çeşitleri vardır.

II. DEVLET İÇ BORÇLANMA SENETLERİNİN KAYDI İHRACI

Bir borçlanma aracı ve sermaye piyasası aracı olması¹⁸ devlet iç borçlanma senetlerinin kaydi sistem kapsamında yer alıp almadığının incelenmesini gerektirmektedir. İnceleme yapılırken öncelikle devlet iç borçlanma senetlerine ilişkin özel bir düzenleme olması nedeniyle 4749 sayılı Kanun'dan başlanması gerekmektedir.

İç borçlanmaya ve dolayısıyla devlet iç borçlanma senetlerine ilişkin genel esaslar 4749 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile belirlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasına göre, çıkarılacak devlet iç borçlanma senetlerinin çeşitlerine, satış yöntemlerine, faiz koşullarına, vadelerine, basım ve ödemelerine ilişkin her türlü esasları ve bunlara ilişkin diğer şartları belirlemeye Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Bakan yetkilidir. Yine genel esasların belirlendiği 6. maddenin 4. fıkrasında “...senetlerin basımında veya kaydi olarak ihracında uygulanacak şekil ve esaslar, Müsteşarlık ile Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası arasında 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanunu hükümleri uygulanmaksızın akdedilecek malî servis anlaşması ile tespit edilir” ifadesi yer almaktadır. Bu hükümlerin lafzından çıkan sonuç; devlet iç borçlanma senetlerinin, senet üzerine basılarak ya da kaydi olarak ihraç edilebileceğidir¹⁹. Dolayısıyla devlet iç borçlanma senetlerinin de kaydi olarak ihracı mümkündür²⁰. Ancak bu kaydi ihraç bir zorunluluk olmayıp, devlet iç borçlanma senetleri isteğe göre fiziki veya kaydi olarak ihraç edilebileceklerdir²¹. Diğer bir

¹⁷ TANÖR, Reha, Devlet İç Borçlanma Senetlerinin Kaydi Değer Olarak İhracına İlişkin Yasal Düzenlemelerin Kendi İçlerinde Ve Yasal Düzenlemeler İle Finansal Uygulama Arasında Gözlenen Örtüşmezliğin Hukuksal Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 1, S: 2, s. 190 dn. 1.

¹⁸ BJERRE/ROCKS, s. 93 – 94.

¹⁹ TANÖR, s. 192; HASELÇİN, İbrahim, Türk Hukukunda Kaydi Sistem, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2006, s. 155 – 156.

²⁰ Amerika Birleşik Devletleri'nde devlet iç borçlanma senetlerinin kaydi olarak ihraç edildiği yönünde bkz. BJERRE/ROCKS, s. 93.

²¹ Devlet iç borçlanma senetlerinin basım ve dağıtımının uzun sürmesi, senetlerin hamiline yazılı olmasının getirdiği saklama zorluğu ve ikinci piyasalarda sürekli el değiştirmeleri ne-

ifade ile devlet iç borçlanma senetlerinin kaydi ihracı ihtiyaridir.

Devlet iç borçlanma senetlerinin kaydi olarak ihracı mümkün olmakla birlikte bu ihracın Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında olup olmadığı; diğer bir ifade ile devlet iç borçlanma senetlerinin kaydi olarak ihracının Merkezi Kayıt Kuruluşu ve kaydi sistem kapsamında yapılıp yapılamayacağı tereddüt oluşturmaktadır. Çünkü öncelikle devlet iç borçlanma senetleri Merkez Bankası tarafından ihraç edilmekte olup²², Sermaye Piyasası Kanunu'nun 4. maddesine göre bunların Sermaye Piyasası Kurulu kaydına alınması zorunlu değildir. Diğer bir ifade ile devlet iç borçlanma senetlerinin ihracı Sermaye Piyasası Kanunu'nun kapsamı ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun yetki alanı dışındadır²³. Ayrıca devlet iç borçlanma senetlerinin kaydi olarak ihraç edilebileceğini düzenleyen 4749 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre, devlet iç borçlanma senetlerinin "...kaydi olarak ihracında uygulanacak şekil ve esaslar, Müsteşarlık ile Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası arasında 1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanunu hükümleri uygulanmaksızın akdedilecek mali servis anlaşması ile tespit edilir". Bu hükme göre, devlet iç borçlanma senetlerinin kaydi ihracının şekil ve esaslarının belirleneceği yer Sermaye Piyasası Kanunu ya da Kaydileştirme Tebliği değil, Hazine Müsteşarlığı ile Merkez Bankası arasında imzalanacak mali servis anlaşmasıdır²⁴. Dolayısıyla bu hükümler çerçevesinde değerlendirildiğinde devlet iç borçlanma senetlerinin kaydi ihracı Sermaye Piyasası Kanunu ve dolayısıyla kaydi sistem kapsamı dışındadır²⁵.

Öte yandan Kaydileştirme Tebliği'nin kapsam başlıklı 2. maddesi tüm sermaye piyasası araçlarını kaydileştirme tebliği kapsamında kabul etmektedir. Ayrıca Kaydileştirme Tebliği'nde 2009 yılında yapılan değişiklik²⁶ devlet iç

deniyle bunların ihraç ve izlenmesinin kaydi olarak yapılması tercih edilmektedir.

²² 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'nun (RG. T. 26.01.1970, S. 13409) 41. maddesi çerçevesinde göre devlet iç borçlanma senetlerinin mali servisi ile bunlara ilişkin ödemelerin tamamı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından yerine getirilmektedir.

²³ TANÖR, s. 196; HASELÇİN, s. 155.

²⁴ Tanör'e göre "mali servis anlaşması" adında Hazine Müsteşarlığı ve Merkez Bankası arasında yapılmış bir anlaşmaya ulaşmak mümkün değildir. Bu nedenle bu şekilde bir anlaşmanın yapılmamış olması büyük bir olasılıktır. Bkz. TANÖR, s. 192.

²⁵ TANÖR, s. 196; HASELÇİN, s. 155.

²⁶ Seri: IV, No: 42 sayılı "Kaydileştirilen Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Kayıtların Tutulmasının Usul ve Esasları Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ" RG. T. 29.04.2009, S. 27214.

borçlanma senetlerinin kaydi sistem kapsamında kaydi olarak ihracı ve izlenmesine ilişkin hükümler getirilmiştir. Bu çerçevede Kaydileştirme Tebliği'nde devlet iç borçlanma senetleri tanımlanmış, Merkez Bankası Merkezi Kayıt Kuruluşu üyesi olarak kabul edilmiş, kaydi sistemde Merkez Bankası ve devlet iç borçlanma senetlerine ilişkin hesapların oluşturulabilmesi için hükümler getirilmiştir. Ayrıca devlet iç borçlanma senetlerine ilişkin işlemlere yer veren 23/A, 23/B, 23/C ve 23/Ç maddeleri Kaydileştirme Tebliği'ne eklenmiştir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde devlet iç borçlanma senetlerinin de kaydileştirme ve kaydi sistem kapsamında yer aldığı düşünülebilir²⁷. Ancak devlet iç borçlanma senetlerinin kaydileştirme kapsamında yer alması için gerekli hukuki dayanak var gözükmekle birlikte, henüz devlet iç borçlanma senetleri, kaydileştirme kapsamına alınarak kaydi sisteme aktarılmış değildir. Devlet iç borçlanma senetleri kaydi olarak ihraç edilmektedir. Ancak bu kaydi ihraç Kaydileştirme Tebliği ve kaydi sistem kapsamında yapılmamaktadır²⁸.

Kanaatimizce, devlet iç borçlanma senetlerinin kaydi sistem kapsamında olmamasının iki önemli nedeni bulunmaktadır. Bunlardan birinci, Sermaye Piyasası Kurulu'nun henüz devlet iç borçlanma senetlerinin kaydi sistem kapsamında ihraç ve izlenmesine karar vermemesidir. Diğer ve en önemli sebep ise mevzuatta bulunan uyumsuzluk²⁹ nedeniyle devlet iç borçlanma senetlerinin kaydi sistem kapsamında kaydi olarak ihraç ve izlenmesinin hukuki olarak mümkün olmamasıdır. Şöyle ki: Devletin borçlanmasına ve devlet iç borçlanma senetlerine ilişkin özel bir düzenleme olan 4749 sayılı Kanun'un 16.maddesinin 2. fıkrasına göre; *"Bu Kanun kapsamında yer alan hususlara ilişkin her türlü değişiklik, ancak bu Kanuna hüküm eklemek veya bu Kanunda değişiklik yapılmak suretiyle yapılabilir. Diğer kanunlarda bu Kanunda yer alan hususlara ilişkin olarak yapılan düzenlemeler, bu Kanun uygulamaları açısından geçersizdir"*. Dolayısıyla 4749 sayılı Kanun'da herhangi bir değişiklik yapılmadan, Sermaye Piyasası Kurulu karar alsa bile, devlet iç borç-

²⁷ Merkezi Kayıt Kurulu 16.06.2006 tarih ve "DİBS Kaydileştirilmesi İş ve İşlem Kuralları ve Dosya Formatları" konulu 122 nolu genel mektubu ile Devlet iç borçlanma senetlerinin kaydileştirilmesi ve müşteri ismine göre Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde izlenmesine ilişkin proje çalışmalarının devam ettiğini duyurmuştur. Bkz. <http://www.mkk.com.tr/MkkComTr/assets/files/tr/yay/mektuplar/GM122.pdf>. Ancak devlet iç borçlanma senetleri henüz Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde kaydileştirilmiş değildir.

²⁸ TANÖR, s. 194 – 195.

²⁹ Devlet iç borçlanma senetlerinin kaydi olarak ihracına ilişkin mevzuatın kendi içerisinde ve mevzuatla uygulama arasında var olan uyumsuzluklar ve bu uyumsuzluklara ilişkin çözüm önerileri için bkz. TANÖR, s. 199 vd.

lanma senetlerinin Kaydileştirme Tebliği'ne göre kaydi sistem kapsamında kaydi olarak ihraç ve izlenmesi mümkün değildir³⁰. Bu nedenle Kaydileştirme Tebliği'nde 2009 yılında yapılan değişiklikler de devlet iç borçlanma senetlerinin kaydi sistem kapsamında kaydi olarak ihracı ve izlenmesi açısından halen herhangi bir hüküm ifade etmemektedir. Ancak 4749 sayılı Kanun'da yapılacak bir değişiklikte veya bu Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrasının değiştirilmesi ile devlet iç borçlanma senetlerinin kaydi sistem kapsamına alınması mümkündür.

Kanaatimizce Kaydileştirme Tebliği'nde yapılan değişiklikler, devlet iç borçlanma senetlerinin kaydi sistem kapsamında, kaydi olarak ihracı ve izlenmesi açısından bir ön hazırlık niteliğindedir³¹. Bu ön hazırlıktan sonra 4749 sayılı Kanun'da yapılacak bir değişiklik ile devlet iç borçlanma senetlerinin kaydi sistem kapsamında kaydi olarak ihracı ve izlenmesi hayata geçirilecektir. Devlet iç borçlanma senetlerinin kaydi sistem kapsamına alınması olumlu ve yerinde bir değişiklik olacaktır³². Özellikle hak sahiplerinin tek elden ve kimlik bilgileri ile birlikte takip edilebilecek olması³³ ortaya çıkabilecek suistimalleri³⁴ engelleyecektir.

³⁰ TANÖR, s. 192, 194.

³¹ Sermaye Piyasası Kurulu'nun devlet iç borçlanma senetlerinin kaydileştirilmesi konusundaki yetkisi mevzuat hükümleri nedeniyle belirsiz olmasına rağmen bunların kaydi sistem kapsamına alınmasına ilişkin Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan tarafından verilen talimat uyarında Sermaye Piyasası Kurulu'nun kaydileştirme çalışmalarının başlatılmasına karar verdiği yönünde bkz. HASELÇİN, s. 155.

³² Hazine bonusu ve devlet tahvili gibi devlet iç borçlanma senetlerinin kaydi sistemde olduğu gibi müşteri ismine saklama yöntemine göre saklanmasının sistemin güvenliği açısından önemli olduğu yönünde bkz. TSPAKB, Sermaye Piyasasında Takas ve Saklama Güvenliğini Artırılması ve Uyuşmazlıkların Çözümünün Hızlandırılmasına İlişkin Rapor, İstanbul 2003, s. 3.

³³ Devlet iç borçlanma senetlerine ilişkin mevcut sistemde ise kayıtlarda hak sahibi olarak genel itibariyle aracı kurum ve bankalar gözükmekte, hak sahipleri ise ancak alt hesaplarda yer almaktadır. İhraç sırasında ihraçta katılan aracı kurum ve bankalara bir makbuz verilmekte, banka ve aracı kurumlar da müşterilerine yaptıkları satışlarda bu makbuz numarasını kullanmaktadırlar.

³⁴ 2003 yılında İmar Bankası tarafından yatırımcılardan devlet iç borçlanma senetleri satışı adı altında çeşitli paralar toplanmış ancak bu paralar devlet iç borçlanma senetlerinin alımı için kullanılmamıştır. İmar Bankası'nın açığa devlet tahvili ve hazine bonusu satışıyla topladığı para 728,4 milyon TL'dir (Bkz. http://tr.wikipedia.org/wiki/T%C3%BCrkiye_%C4%B0mar_Bankas%C4%B1_T.A.%C5%9E). Ortaya çıkan problemleri ve yatırımcıların mağduriyetlerini çözmeye adına çeşitli hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Bkz. 5667 sayılı Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketince Devlet İç Borçlanma Senedi Satışı Adı Altında Toplanan Tutarların Ödenmesi Hakkında Kanun (RG. T. 30.05.2007, S. 26537). Ayrıca bkz. Bakanlar Kurulu'nun

SONUÇ

Mevcut durumda devlet iç borçlanma senetleri isteğe bağlı – ihtiyari – bir şekilde, kaydi olarak ihraç edilebilmektedir. Ancak bu kaydi ihraç Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından yürütülen kaydi sistem kapsamında değildir. Söz konusu kaydi ihraç 4749 sayılı Kanun çerçevesinde yapılmaktadır. Bu kaydi ihracın usul ve esasları ise, Hazine Müsteşarlığı ile Merkez Bankası arasında yapılacak malî servis anlaşması ile belirlenecektir. Kanaatimizce kıymetli evrak kurallarına aykırı olarak³⁵ bir sermaye piyasası aracının kaydi olarak ihracının usul ve esaslarının taraflar arasında yapılacak bir anlaşmaya bağlanması uygun bir düzenleme tarzı değildir³⁶. Bu nedenle devlet iç borçlanma senetlerinin kaydi olarak ihracının usul ve esaslarının da Kanun ile düzenlenmesi gerekmektedir³⁷. Bu noktada yapılacak bir değişiklikle, 4749 sayılı Kanun'a, devlet borçlanma senetlerinin kaydi olarak ihracının Sermaye Piyasası Kanunu'na göre yapılacağına ilişkin bir göndermenin eklenmesi uygun olacaktır. Ayrıca Sermaye Piyasası Kanunu'nun 4. maddesinde devlet iç borçlanma senetlerinin, Sermaye Piyasası Kurulu kaydına alınmasının zorunlu olduğuna ilişkin bir değişiklik yapılması da yerinde olacaktır³⁸.

13.07.2007 tarih ve 12398 sayılı Bankacılık İşlemleri Yapma Ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketince Devlet İç Borçlanma Senedi Satışı Adı Altında Toplanan Tutarların Ödenmesine İlişkin Esas Ve Usuller Hakkında Kararı (RG. T. 21.07.2007, S. 26589)

³⁵ Devlet iç borçlanma senetleri sermaye piyasası aracı ve menkul kıymet niteliğindedir. Dolayısıyla devlet iç borçlanma senetleri kıymetli evrak özelliği göstermektedirler. Bu nedenle bunların kural olarak senet üzerine basılmaları gerekir. Aksine bir uygulama için mutlaka Kanun ile getirilmiş açık bir düzenlemenin olması gerekir.

³⁶ TANÖR, s. 197.

³⁷ Amerika Birleşik Devletleri'nde bir sermaye piyasası aracı olarak kabul edilmesine rağmen devlet iç borçlanma senetleri ayrı bir kanun ile düzenlenmiştir. Sermaye piyasası araçlarına ilişkin hükümlerin yer aldığı ABD Yeknesak Ticaret Kanunu Hükümleri de direkt olarak devlet iç borçlanma senetlerine uygulanamamaktadır. Bkz. BJERRE/ROCKS, s. 93 – 94.

³⁸ HASELÇİN, s. 155. Devlet iç borçlanma senetlerinin kaydi olarak ihracına ilişkin mevzuatta yer alan uyumsuzlukların Türk Ticaret Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un birlikte ele alınarak değiştirilmesi sonucu ortadan kaldırılabilceği yönünde bkz. TANÖR, s. 204 – 205.

KAYNAKÇA

- BJERRE, Carl S. / ROCKS, Sandra M.: The ABCs of the UCC, Article 8: Investment Securities, US 2004.
- CLARK, Robert Charles: Abstract Rights versus Paper Rights under Article 9 of the Uniform Commercial Code, The Yale Law Journal 1975, C. 84, S. 3, s. 445 – 479.
- ERGİNCAN, Yakup / YAYLA, Ümit: Hisse Senetlerinin Kaydileştirilmesi Sonrası Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Oy Hakkının Kullanılması, Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2004, s. 143 – 160.
- GARNER, Bryan A.: Black’s Law Dictionary, Pocket Edition, US 2006.
- GUYNN, Randall D.: Modernizing Securities Ownership, Transfer and Pledging Laws, UK 1996.
- HASELÇİN, İbrahim: Türk Hukukunda Kaydi Sistem, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2006.
- IOSCO: Towards A Legal Framework for Clearing and Settlement in Emerging Markets, 1997.
- LOADER, David: Clearing, Settlement and Custody, UK 2008.
- NORMAN, Peter: Plumbers and Visionaries Securities Settlement and Europe’s Financial Market, England 2007.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2006.
- SIFMA: Securities Industry Immobilization & Dematerialization Implementation Guide, 2008.
- SODERQUIST, Larry D. / GABALDON, Theresa A.: Securities Law, US 2007.
- SPK: Sermaye Piyasası Araçları, SPK Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları – 2, Ankara 2010.
- TANÖR, Reha: Devlet İç Borçlanma Senetlerinin Kaydi Değer Olarak İhracına İlişkin Yasal Düzenlemelerin Kendi İçlerinde Ve Yasal Düzenlemeler İle Finansal Uygulama Arasında Gözlenen Örtüşmezliğin Hukuksal

Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi ve Kaydi Sistem Kapsamında...

Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 1, S: 2, s. 189 vd.

TSPAKB: Sermaye Piyasasında Takas ve Saklama Güvenliğini Artırılması ve Uyuşmazlıkların Çözümünün Hızlandırılmasına İlişkin Rapor, İstanbul 2003.

ÜNAL, Mücahit: Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi, Ankara 2011.

ÜNAL, Oğuz Kürşat: Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, C. 5, S. 1 – 2, s. 1 vd. (Kaydileştirilmesi)

BOŞ

ROMA HUKUKU'NDA HÜKÜMSÜZLÜK HALLERİ

Mehmet YEŞİLLER*

ÖZET

Roma Devleti'nin çeşitli siyasal dönemlerinde Roma Hukuku yürürlük kaynaklarının da farklılıklar gösterdiklerini görmekteyiz. Genel olarak, *Ius civile*'nin öngördüğü şekil şartlarına uygun olarak yapılan temel öğeleri eksiksiz hukuki işlemler geçerli sayılmakta; aksi halde hukuki işlemlerin hükümsüzlüğünden bahsedilmekteydi. Yürürlük kaynaklarından yola çıkmak üzere Romalılar, günümüz modern hukuklarının aksine hukuki işlemlerin hükümsüzlüğüne ilişkin kesin kurallara ulaşamamakla birlikte, somut olay incelemeleri neticesinde birtakım ilkelere ulaşmışlardır. Günümüz hukukunu da etkileyen bu halleri başlıca üç ana grupta toplamak mümkündür. Roma Hukuku'nda hukuki işlemleri hükümsüz kılan başlıca haller: Hukuki işlemin konusunun başlangıçtan itibaren imkansız olması (başlangıçtaki imkansızlık), hukuki işlemin hukuka aykırı olması (hukuka aykırılık) ve son olarak da hukuki işlemin konusunun ve amacının ahlaka aykırı (ahlaka aykırılık) olmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Hükümsüzlük halleri, Başlangıçtaki imkansızlık, Hukuka aykırılık, Ahlaka aykırılık

STATES OF INVALIDITY IN ROMAN LAW

SUMMARY

We can see that the validity sources in Roman Law differed in various political periods in State of Rome. In general, the legal transactions which did not lack the key elements and were in compliance with *Ius civile* were valid. Otherwise, the transactions would have been invalid. Starting from validity sources, Romans in contrast to today's modern practices of law, did not reach any certain regulations about the invalidity of legal transaction, and gained some kind of principles as a result of concrete event investigations. We can divide these situations, which also effect today's practices of law into three main groups. The major situations that make the legal transactions invalid in Roman law: the fact that the subject of legal transaction is impossible from the beginning (initial impossibility), legal transaction is adverse to laws (illegality) and finally the subject and aim of the transaction is adverse to morality (immorality).

Key Words: States of invalidity, Initial impossibility, Illegality, Immorality

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

Roma Hukuku'nun somut olaylar bağlamında gelişmiş olması nedeniyle Romalı hukukçular, hukuki işleme ve hukuki işlemlerin hükümsüzlüğüne ilişkin genel bir teori kuramamışlardır. Ayrıca Roma Hukuku'nun *ius civile*, *ius honorarium*, *ius gentium* gibi çeşitli hukuk tabakalarından oluşması ve hükümsüzlük hallerinin bu tabakalarda değişiklik göstermesi de genel bir hükümsüzlük teorisi oluşturulamamasına sebep olmuştur¹.

Roma Hukuku'nda hükümsüzlüğün birçok farklı terim ile ifade edildiğini görmekteyiz. Bunlara örnek olarak, *nullum*, *nullius momenti*, *non esse*, *invalidum*, *nihil agere*, *inutile*, *inane*, *irritum*, *imperfectum* terimleri sayılabilir².

Günümüz hukukunda hukuki işlemin kurucu unsurlarından birinde eksiklik olması halinde “yokluktan”, geçerlilik unsurlarından birinde eksiklik olması halinde “butlan” dan; hukuki işlemde sakatlık olması halinde ise “iptal edilebilirlik” ten söz edilir³. Roma Hukuku'nda ise sadece, *ius civile*'nin öngördüğü şekil şartlarına uygun olarak yapılan temel öğeleri eksiksiz hukuki işlemler geçerli sayılmaktaydı. Aksi halde söz konusu bu işlemlerin hükümsüzlüğünden bahsedilmekteydi. Bu nedenle de bir hukuki işlemin temel öğelerinden birinde ortaya çıkan bir sakatlığın ya da bozukluğun hukuki işlemlerin “iptal edilebilirliği” sonucunu doğurabileceği düşünülmemekteydi. Dolayısıyla *ius civile*'ye göre “batıl hukuki işlemler” kabul edildiği halde; “iptal edilebilir hukuki işlemler” kabul edilmemekteydi⁴.

¹ ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Hukuku (Tarihi Giriş – Hukuk Tarihi – Genel Kavramlar), İstanbul 1995, s. 159; DI MARZO, Salvatore, Roma Hukuku, (Çev.: UMUR, Ziya), İstanbul 1954, s. 76; GÜRAL, Jale, Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi, Ankara 1953, s. 23; KARAGÖZ, Veli, Roma Hukuku'nda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1996, s. 18.

² KASER, Max, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, (das Altrömische, das vorklassische und klassische Recht) München 1971, s. 247.

³ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, İstanbul 2009, s. 298 vd.; UMUR, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999, s. 203; ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 160; DI MARZO, s. 75.

⁴ KARADENİZ - ÇELEBİCAN, Özcan, Roma Hukuku (Tarihi Giriş – Kaynaklar - Genel Kavramlar - Kişiler Hukuku - Hakların Korunması), Ankara 2004, s. 243; KOSCHAKER, Paul/ AYİTER, Kudret, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukuku'nun Ana Hatları, İzmir 1993, s. 69.

Roma'da *Ius civile* bakımından geçerli olmakla birlikte, temel öğelerinde bir takım sakatlıklar olan bazı hukuki işlemlerin *praetor*'ların faaliyetleri sonucunda hüküm ve sonuç doğurmalarının önlenmeye başlandığı kaynaklardan anlaşılmaktadır. Şöyle ki, bir hukuki işlemin sakat olmasından dolayı zarar gören tarafın söz konusu bu işlemi iptal etmek için aktif bir olanağı olmamasına rağmen, karşı taraf bu hukuki işlemde doğan borç için kendisini dava ettiğinde *praetor*, ya hukuki işlemin sakatlığından zarar gören taraf aleyhine dava açmak isteyen tarafın bu istemini reddetmek suretiyle; ya da bu davaya karşı sakatlıktan zarar gören kişi lehine bir def'i (*exceptio*) hakkı tanımak suretiyle söz konusu kimseye yardım etmekteydi. Bu suretle hakim önünde bu sakatlığı def'i yoluyla ispatlayan kişi beraat etmekte ve sakat olan hukuki işlemin hüküm ve sonuç doğurması önlenmiş olmaktadır⁵. Daha sonraları *praetor*, bazı durumlarda, sakatlığı olan hukuki işlemlerde sakatlıktan zarar gören tarafa "eski hale getirme" (*restitutio in integrum*) hakkını tanımak suretiyle hukuki işlemin ortadan kaldırılması olanağını sağlamıştı. *Iustinianus* Dönemi'nde ise, *Ius civile* ve *praetor* hukukunun kaynaşması sonucu temel öğelerinden birisinde sakatlık olan hukuki işlemlerin iptal edilebilecekleri kuralı benimsenmişti. Makalede Roma Hukuku'ndaki hükümsüzlük halleri, başlangıçtaki imkansızlık, hukuka aykırılık ve ahlaka aykırılık adı altında üç ana başlık altında incelenmiştir.

I. BAŞLANGIÇTAKİ İMKANSIZLIK

Borçlar hukukunun Roma'dan günümüze kadar gelen temel ilkelerinden birisi, hukuki işlemin kuruluş aşamasında sözleşmenin konusunun imkansız olmamasıdır. Eğer kuruluş aşamasında hukuki işlemin konusu imkansız ise söz konusu hukuki işlem hükümsüzdür. Örneğin, tamamen yanmış olan bir evin ya da fırtına sebebiyle yok olmuş zeytin ağaçlarının satım sözleşmesinin konusunu oluşturması halinde durum böyledir⁶. Yine ölmüş bir kölenin karşı tarafa verilmesinin taahhüt edilmesi durumunda da hukuki işlemin hükümsüzlüğünden bahsedilmekteydi⁷. Ancak bu şekilde sözleşmenin hükümsüzlüğünün söz konusu olabilmesi için bu imkansızlığın objektif olması, yani hukuki işlemin kuruluş aşamasında var olan imkansızlığın herkes için söz konusu olması gerekmektedir⁸.

⁵ DI MARZO, s. 76; KARADENİZ - ÇELEBİCAN, Roma Hukuku, s. 244; UMUR, Roma Hukuku, s. 204; KOSCHAKER/ AYİTER, s. 71.

⁶ Bkz.: D. 18.1.57 (*Paulus 5 ad plaut.*) ve D.18.1.58 (*Papinianus 10 quaest.*).

⁷ Bkz.: *Gaius, Inst. 3.97* ve *Iust, Inst: 3.19.1.*

⁸ MOMMSEN, Friedrich, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf ob-

Roma Hukuku'nda başlangıçtaki imkansızlık nedeniyle hukuki işlemin hükümsüz sayılmasına yol açan hallerden birisi, alışverişe elverişli olmayan malların hukuki işleme konu olmasıydı. Zira Roma'da malvarlığının konusunu oluşturamayan ve alışverişe elverişli olmayan mallar (*res extra commercium*) söz konusuydu. Bunlar dinsel hukuk gereği alışverişe elverişli olmayan mallar (*res extra commercium divini iuris*) ile beşeri hukuk gereği alışverişe elverişli olmayan mallar (*res extra commercium humani iuris*) olmak üzere ikiye ayrılmıştı⁹. Dinsel hukuk gereği alışverişe konu olmayan mallara örnek olarak, tapınaklar, dinsel törenlerde kullanılan araçlar, tanrı resimleri ve tasvirler örnek olarak gösterilebilir. Beşeri hukuk gereği alışverişe elverişli olmayan mallara da; tüm insanlar için ortak olan mallar (hava, deniz, büyük akarsular vb.) ile kamunun ve toplulukların ortak yararlanmasına bırakılmış olan mallar (sokaklar, meydanlar, tiyatrolar vb.) örnek olarak gösterilebilir. İşte söz konusu bu mallar bir hukuki işlemin konusunu oluşturmuş ise, o hukuki işlem hükümsüz kabul edilmekteydi¹⁰.

Klasik dönem hukukçusu olan *Gaius*'a ait bir metinde doğası gereği hukuki işleme konu olamayacak bir şeyin *stipulatio* ile taahhüt edilmesi halinde, söz konusu bu işlemin hükümsüz olacağı ifade edilmiştir. *Gaius* tarafından, *stipulatio* ile verilmesi taahhüt ettirilen şeyin; bir kimsenin köle olduğunu sandığı özgür bir insan, hayatta olduğunu sandığı ölmüş bir köle ya da beşeri hukuka tabi olduğunu sandığı kutsal veya dini bir yer olması durumlarında, verilmesi imkansız şey söz konusu olduğundan *stipulatio*'nun hükümsüz olacağı belirtilmiştir¹¹:

Gaius, Inst. 3.97: "Si id, quod dari stipulamur, tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio, velut si quis hominem liberum, quem seruum esse credebat, aut mortuum, quem uiuum esse credebat, aut locum sacrum vel religiosum, quem putabat humani iuris esse, dari stipuletur".

ligatorische Verhaeltnisse, Braunschweig 1853, s. 5; ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 161 - 162.

⁹ KARADENİZ - ÇELEBİCAN, Özcan, Roma Eşya Hukuku, Ankara 2005, s. 35; UMUR, Roma Hukuku, s. 405.

¹⁰ ZIMMERMANN, Reinhard, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town 1996, s. 688; KARADENİZ - ÇELEBİCAN, Roma Eşya Hukuku, s. 37 - 38; UMUR, Roma Hukuku, s. 407.

¹¹ WOLLSCHLAEGER, Christian, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen, Köln 1970, s. 8 vd.

Gaius, Inst. 3.97: “Eğer *stipulatio* ile verilmesini taahhüt ettirdiğimiz şey, verilmesi imkansız bir şey ise, *stipulatio* hükümsüzdür (*inutilis*), örnek olarak bir kimsenin köle sandığı özgür bir kimsenin, ya da hayatta sandığı ölmüş bir kölenin veya beşeri hukuka tabi olduğunu sandığı kutsal ya da dini bir yerin kendisine verilmesini taahhüt ettirmesi gibi”.

Konuya ilişkin *Gaius*'a ait bir başka metinde de görüleceği üzere, *stipulatio*'nın konusunun bir *santor* (mitolojideki insan başlı at) olması halinde, söz konusu şeyin doğası gereği imkansız olması nedeniyle hukuki işlemin hükümsüzlüğünün söz konusu olduğunu görmekteyiz:

Gaius, Inst. 3.97a: “*Item si quis rem, quae in rerum natura esse non potest, velut hippocentaurum, stipuletur, aequae inutilis est stipulatio*”.

Gaius, Inst. 3.97a: “Yine eğer bir kimse doğası gereği var olmayan bir şeyi, örneğin bir *santor*'u *stipulatio* ile taahhüt ettirmiş ise, yine bu *stipulatio* hükümsüzdür”.

Sözleşmede öngörülen şartın, doğası gereği gerçekleşmesinin imkansız olmasının da Roma Hukuku'nda kabul edilen diğer bir hükümsüzlük hali olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır. Gerçekten, *Iustinianus*'un aşağıdaki metninde doğanın gerçekleşmesine imkan vermediği şartlar, imkansız şart olarak nitelendirilmiş ve bir kimsenin bir *stipulatio*'ya, “parmağımla gökyüzüne dokunursam vermeyi taahhüt ediyor musun?” şeklinde bir şart koymuş olmasının, fiziksel imkansızlık nedeniyle sözleşmenin kurulmasını engellediği ve dolayısıyla da batıl bir sözleşmenin söz konusu olduğu belirtilmiştir¹²:

Iust., Inst. 3.19.11: “*Si impossibilis condicio obligationibus adiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem condicio habetur, oui natura impedimento est, quo minus existat, veluti si quis ita dixerit: 'Si digito caelum attigero, dare spondes?'. At si ita stipuletur: 'Si digito caelum non attigero, dare spondes?', pure facta obligatio intellegitur, ideoque statim petere potest*”.

Iust., Inst. 3.9.11: “Eğer borçlara imkansız bir şart eklenmişse, yapılmış olan *stipulatio* batıldır. Meydana gelmesine tabiatın imkan vermediği zaman imkansız şart mevcut olur, örneğin bir kimse şöyle söyleser: ‘Parmağımla gökyüzüne dokunursam vermeyi taahhüt ediyor musun?’. Fakat *stipulatio* şöyle yapılmış ise: ‘Gökyüzüne parmağımla dokunmazsam vermeyi taahhüt

¹² BURDICK, William Livesey, *The Principles of Roman Law to Modern Law*, Kansas 2004, s. 408 – 409; ZIMMERMANN, s. 719.

ediyor musun?’, buradan borcun şartsız olarak meydana geldiği ve ifanın derhal istenebileceği anlaşılır”.

II. HUKUKA AYKIRILIK

Romalılar’ın hayatlarında geleneklerin büyük önem taşımasından dolayı, Roma hukuk tarihi boyunca başlıca hukuk kaynağının örf adet hukuku olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır. Nitekim, Roma’nın ilk yazılı hukuk kaynağı olan “XII Levha Kanunu” ile yürürlükte olan örf adet hukuku yazılı hale getirilmiştir. Ayrıca örf adet hukukunun yanı sıra, Roma’da birbirini izleyen siyasal dönemlerde devlet örgütlenmesine uygun olarak, halk meclisleri kararları, yani kanunlar (*lex, leges*), *praetor* beyannameleri (*edictum*), *senatus* kararları (*senatus consultus*), hukukçuların cevapları, imparator emirnamele-ri, daha sonra da *Iustinianus* zamanında “*Corpus Iuris Civilis*”in bölümleri, Roma’da yürürlük kaynaklarını oluşturmuştur. İşte Roma’daki bu hukuk kaynaklarına aykırı olarak hukuki işlem yapılması halinde, hukuki işlemin hükümsüzlüğü söz konusu olmaktadır.

Roma’da hukuka uygun olarak hukuki işlem yapmanın en temel şartlarından birisi, tarafların hukuki işlem ehliyetine sahip olmasıydı. Roma Hukuku’nda hukuki işlem ehliyetini sınırlayan nedenler, yaş, akıl hastalığı, israf ve cinsiyetti.

Infans’lar (yedi yaşına varmamış küçükler), hukuki işlemlerin geçerliliği için gerekli sözleri söyleyemeyecek (*qui fari non possunt*) olan küçük çocuklar olarak kabul edilmekteydiler. Çünkü bu kişiler kendilerine hak kazandıracak veya kendilerini borç altına sokacak şekilde iradelerini beyan edemiyorlardı. Bu nedenle *infans*’ların yapmış oldukları kazandırıcı ve borçlandı- rıcı tüm hukuki işlemler hükümsüz sayılmaktaydı¹³.

Impubes’lerin (yedi yaşından büyük fakat ergen olmamış küçükler) kendilerini borç altına sokan hukuki işlemleri tek başlarına yapabilmeleri için vasilerinin hukuki işlem sırasında hazır bulunmaları ve *auctoritas*¹⁴’ını vermeleri gerekmektedir. Eğer vasi hukuki işleme bizzat katılarak *auctoritas*’ı olduğunu belirtmemişse, sadece muvafakatı olduğunu izin ya da icazet şeklin-

¹³ KARADENİZ - ÇELEBİCAN, Roma Hukuku, s. 205; ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 147; UMUR, Roma Hukuku, s. 204.

¹⁴ *Auctoritas, potestas* türünden bir hakimiyettir; UMUR, Ziya, Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983, s. 26; BERGER, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953, s. 368 – 369.

de bildirmişse, hukuki işlemin hükümsüzlüğü söz konusu olmaktaydı. *Iustinianus*, *impubes*'lerin vasilerinin *auctoritas*'ı olmadan miras kabul edemeyeceklerini, *praetor* mirasçılığı talebinde bulunamayacaklarını ve de belirli mal vasiyeti ile mirasa hak kazanamayacaklarını belirtmiştir¹⁵.

Roma'da akıl hastalığının (*furor*) da hukuki işlem ehliyetini sınırlayan hallerden birisi olduğunu görmekteyiz. Bu kimselerin makul düşünüp davranmamalarından dolayı yapmış oldukları hukuki işlemler hükümsüzdür. Söz konusu bu durum *Gaius*'a ait bir metinde şu şekilde ifade edilmiştir:

Gaius, Inst. 3.106: "Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit, quid agat".

Gaius, Inst. 3.106: "Akıl hastası bir kimse yaptığını idrak edemediğinden dolayı hiçbir hukuki işlemde bulunamaz".

Digesta'da *Africanus*'a ait bir metinde de akıl hastası bir kimsenin yapmış olduğu bir hukuki işlemin hükümsüz olduğu şu şekilde ifade edilmiştir:

D. 29.2.47 (Africanus 4 quaest.): "... furiosi voluntas nulla est".

D. 29.2.47 (Africanus 4 quaest.): "... akıl hastasının iradesi hükümsüzdür".

Roma'da müsrif kimseler de *impubes*'lerde olduğu gibi, kendisi için kazandırıcı hukuki işlemler yapabildikleri halde, kendilerini borç altına sokan hukuki işlemleri kayyımın rızası olmadan yapamazlardı. Dolayısıyla müsrif kimselerin tek başlarına yapmış oldukları borçlandırıcı hukuki işlemlerin de hükümsüz oldukları kaynaklardan anlaşılmaktadır¹⁶.

Roma Hukuku'nda hukuki işlem ehliyetini sınırlayan bir diğer nedenin de cinsiyet olduğunu görmekteyiz. Kocasının hakimiyeti altında bulunmayan *sui iuris* kadınlar vesayet altına konulmaktaydı. Söz konusu kadınlar, *res mancipi* bir malın mülkiyetini devretme, bir köleyi azat etme gibi *ius civile*'nin şekle bağladığı borçlandırıcı hukuki işlemleri vasilerinin *auctoritas*'ı olmadan yaptıklarında söz konusu hukuki işlem hükümsüz olmaktaydı¹⁷.

¹⁵ ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 148; Bkz.: *Iust., Inst. 1.21.1*.

¹⁶ Bkz.: *Iust., Inst. 2.12.2*.

¹⁷ CEYLAN, Seldağ Güneş, Roma Hukuku'ndan Günümüze Velayet – Vesayet Hukuku, Ankara 2004, s. 71; EMİROĞLU, Haluk, Roma Hukuku'nda Kadının Durumu, Ankara 2003, s. 61; SCHWARZ, B. Andreas, Roma Hukuku (Çev: RADO, Türkan), İstanbul 1963, s. 268; ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 151.

Roma’da bir kölenin özgürlüğünü kazanmak suretiyle hak ehliyetine sahip hale gelmesine azat etme (*manumissio*) denilmekteydi. *Ius civile*’ye göre, kölelerin azat edilmeleri belirli şekil şartlarının yerine getirilmesi ile mümkün olmaktadır. *Ius civile*’ye göre azat etme şekilleri, değnekle azat etme (*manumissio vindicta*), sayım yolu ile azat etme (*manumissio censu*), vasiyetname ile azat etme (*manumissio testamentu*) ve kilisede azat etme (*manumissio in ecclesia*) olmak üzere dört taneydi. Bir köle azat edilirken belirtilen azat etme biçim ve usullerinden hiç birisi yerine getirilmemiş ya da bunlardan birisi yerine getirilirken şekil şartlarına uyulmamış ise, azat etme işleminin hükümsüz olmasından dolayı köle özgür hale gelememekte ve Roma vatandaşlığını kazanamamaktaydı¹⁸.

Roma Hukuku’nun özellikle eski dönemlerinde hukuki işlemlerin hemen hemen tamamının geçerliliğinin resmi şekillere ve törenlere bağlandığı görülmektedir¹⁹. Geçerli bir *stipulatio*’nun kurulabilmesi için taraflardan birinin belli kelimeler kullanarak sorduğu soruya, diğer tarafın aynı kelimeler ile ve kayıtsız şartsız olarak söz konusu bu hukuki işlemi kabulünü içeren bir cevap vermesi gerekmektedir²⁰.

Gaius’a ait aşağıdaki metinde de görüleceği üzere, eğer taraflardan biri kendisine sorulan soruya şartlı olarak cevap verir ya da hiç cevap vermez ise, *stipulatio*’nun hükümsüzlüğü söz konusu olmaktadır:

Gaius, Inst. 3.102: “Adhuc inutilis est stipulatio, si quis ad id, quod interrogatus erit, non responderit, velut si sestertia x a te dari stipuler, et tu nummum sestertium v milia promittas, aut si ego pure stipuler, tu sub conditione promittas”.

Gaius, Inst. 3.102: “Eğer bir kimse kendisine sorulan soruya cevap vermezse stipulatio hükümsüzdür, örneğin ben on bin sesterz’in senin tarafından verileceğine dair soru soruyorum sen ise beş bin sesterz vermeği vaat ediyorsun, ya da ben kayıtsız şartsız soruyorum sen ise bu soruya şarta bağlı olarak (sub conditione) cevap veriyorsun”.

¹⁸ BORKOWSKI, Andrew/ PLESSIS, Paul du, Textbook on Roman Law, Oxford 2005, s. 91; KARADENİZ - ÇELEBİCAN, Roma Hukuku, s. 141 – 142; UMUR, Roma Hukuku, s. 161 vd.; KARAGÖZ; s. 34; ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 110 – 111; DI MARZO, s. 35 – 36.

¹⁹ KOÇ, Nevzat, Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukuku’nda Hükümsüzlük (Butlan), DE-ÜHFD 1981, Yıl: 2, Sayı: 2, s. 148; KARADENİZ – ÇELEBİCAN, Roma Hukuku, s. 241; ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 161.

²⁰ BORKOWSKI/ PLESSIS, s. 292; UMUR, Lügat, s. 202; DI MARZO, s. 77.

Stipulatio'nun hazırlar arasında ve sözlü olarak sorulup ve hemen ardından cevap verilerek yapılan bir hukuki işlem olmasından dolayı *Gaius*'a ait aşağıdaki metinde de belirtildiği üzere, sağır ve dilsiz kimseler ile hazır olmayanlar arasında yapılan *stipulatio* hükümsüz sayılmaktaydı:

Gaius, Inst. 3.105: "Mutum neque stipulari neque promittere posse palam est. idem etiam in surdo receptum est; quia et is, qui stipulatur, uerba promittentis, et qui promittit, uerba stipulantis exaudire debet".

Gaius, Inst. 3.105: "Dilsiz bir kimsenin stipulatio ile taahhüt yaptırmayacağı gibi vaat edemeyeceği de açıktır. Aynı durum sağır kimse için de geçerlidir; zaten stipulatio yaptıran vaat edenin sözlerini, vaat eden de stipulatio yaptıranın sözlerini mutlaka duymalıdır".

Roma Hukuku'nda *ius civile*'nin geçerliliklerini sıkı biçim şartlarına ve törensel irade beyanlarına bağladığı "*actus legitimi*" adı verilen bazı hukuki işlemler şart ve vadeye bağlı olarak yapılamamaktaydı. Bu işlemler, *mancipatio*, *in iure cessio*, değnekle azat etme (*manumissio vindicta*), sayım yolu ile azat etme (*manumissio censu*), ibra (*acceptilatio*), *aileni iuris*'in evlat edinilmesi (*adoptio*), *sui iuris*'in evlat edinilmesi (*adrogatio*), mirasın kabulü (*aditio hereditatis*) gibi işlemlerdi. *Ius civile*'nin geçerliliklerini sıkı biçim şartlarına bağlamış olduğu hukuki işlemlerin şart ve vadeye bağlı olarak yapılmaları halinde, bu hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü söz konusu olmaktadır²¹.

Roma Hukuku'na göre bir hakkın bir başka kimseye devredilebilmesi için öncelikle hakkı devreden kimsenin o hakka sahip olması gerekmektedir. Roma'da bu durum, "hiç kimse sahip olduğundan fazlasını bir başkasına devredemez" (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*²²) kuralı ile ifade edilmekteydi. Dolayısıyla bir hakkın devrini gerektiren hukuki işlemlerde, hakkı devredecek olan kimsenin o hakka sahip olmaması, söz konusu hukuki işlemin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaktaydı²³.

Roma'da mülkiyetin devri işlemlerinden olan ve sıkı sıkıya şekle bağlı olarak yapılması öngörülen *mancipatio* ve *in iure cessio* ile bir malın mülki-

²¹ UMUR, Lügat, s. 17; KARAGÖZ, s. 39; BERGER, s. 348; KARADENİZ - ÇELEBİCAN, Roma Hukuku, s. 226.

²² ERDOĞMUŞ, Belgin, Hukukta Latince Teknik Terimler - Özlü Sözler, İstanbul 2004, s. 84; BERGER, s. 595; UMUR, Lügat, s. 141.

²³ TAHİROĞLU, Bülent/ ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul 2003, s. 127; KARAGÖZ, s. 38.

yetinin devredilebilmesi için de, her şeyden önce mülkiyeti devreden kim-
senin söz konusu mala malik olması gerekmektedir. Aile evlatları ve köle-
ler, herhangi bir mal kendilerinin *peculium*²⁴larına dahil olsa bile, bu malın
mülkiyetini *mancipatio* ve *in iure cessio* ile devredemezlerdi; ancak *tradio*
yapabilmekteydiler. Dolayısıyla aile evlatları, köleler ve malikin yetki verdiği
üçüncü kişilerin, *mancipatio* ve *in iure cessio* ile *res mancipi* mallar üzerinde
tasarrufta bulunmaları halinde hukuki işlemin hükümsüzlüğü söz konuydu.
Ayrıca *in iure cessio* işleminin şart ve vadeye bağlı olarak yapılması halinde
de mülkiyetin devri işlemi yine hükümsüz olmaktadır²⁵.

Roma Hukuku'nda mülkiyetin devren kazanılmasında kullanılan huku-
ki işlemlerden biri olan “*mancipatio*” işleminin, beş ergen Roma vatandaşı şa-
hit, bir terazi tutan (*libripens*), malı devreden ve devralan olmak üzere toplam
sekiz kişinin hazır bulunduğu sözlü ve merasimli bir işlem olduğu kaynaklar-
dan anlaşılmaktadır. *Mancipatio* işlemi ile bir yük hayvanının satılmasında,
işlem yapıldığı sırada hiç şahit bulunmaması ya da şahit sayısının beş kişiden
az olması *mancipatio*'nun hükümsüzlüğüne sebep olmaktadır²⁶.

Roma'da, Klasik Hukuk Dönemi'nde mülkiyetin devri işlemlerinden
bir diğeri de “*in iure cessio*” idi. *In iure cessio* ile malın mülkiyetini dev-
retmek ve devralmak isteyen kimseler aralarında anlaşarak, devre konu olan
mal taşınır ise malın kendisini; taşınmaz ise temsilen maldan bir parçayı alıp,
Roma'da *praetor*, eyaletlerde ise *magistra* ya da vali önüne giderlerdi²⁷. Ma-
lın mülkiyetini devralacak kimse, devre konu olan malın *ius civile*'ye göre
kendisine ait olduğunu beyan eder, karşı taraf da bu hususu ya kabul eder ya
da susardı. Bunun üzerine Roma'da *praetor*, eyaletlerde *magistra* ya da vali,
malın devralana ait olduğunu beyan etmekteydi. Söz konusu şekil şartlarına
uyulmadan yapılan bir *in iure cessio* işlemi hükümsüz olduğundan dolayı, hu-
kuki işleme konu olan malın mülkiyeti karşı tarafa geçmemekteydi²⁸.

²⁴ *Peculium* kurumu malikin rızası altında, köle veya aile evladının kendi kendine elde ettiği bir sermaye olup, köleler ve aile evlatlarına aile menfaatine iş yapabilme imkanı vermektedir; UMUR, Lügat, s. 154 ve BERGER, s. 624.

²⁵ TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ, s. 54; KARADENİZ - ÇELEBİCAN, Roma Eşya Hukuku, s. 173.

²⁶ KARADENİZ – ÇELEBİCAN, Roma Eşya Hukuku, s. 169; ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 162.

²⁷ Bkz.: *Gaius, Inst. 2.14*.

²⁸ DI MARZO, s. 247; KARADENİZ - ÇELEBİCAN, Roma Eşya Hukuku, s. 173; KARA-
GÖZ, s. 33.

Aynı şekilde, alacaklının rehin hakkına sahip olabilmesi için, rehin hakkı kurulduğu sırada rehin konusu malın, rehin gösterenin mülkiyetinde olması gerekmektedir. Aksi halde kurulan rehnin hükümsüzlüğü söz konusu olmaktaydı. Roma'da bu kural, "rehinli alacaklı, rehin verenden fazlasına sahip olamaz" (*non plus habere creditor potest quem habet, qui pignus debet*²⁹) şeklinde ifade edilmişti.

Günümüz hukuklarında olduğu gibi Roma Hukuku'nda da bazı evliliklerin, yasak olduğunu görmekteyiz. *Iustinianus*'a ait aşağıdaki metinlerde de görüleceği üzere, aralarında usul fûru ilişkisi olan kimselerin evlenmeleri yasaktı. Dolayısıyla Roma'da yapılan bu tür yasak evlilikler hükümsüz sayılmaktaydılar³⁰.

Iust., Inst. 1.10.1: "... inter eas enim personas quae parentum liberorumve locum inter se optinent nuptiae contrahi non possunt, veluti inter patrem et filiam vel avum et neptem vel matrem et filium vel aviam et nepotem et usque ad infinitum ..."

Iust., Inst. 1.10.1: "... aralarında usul fûru ilişkisi olan kimseler birbirleri ile evlenemezler; örnek olarak baba ile kız, ya da büyük baba ve torun, ya da ana ile oğul, ya da büyük ana ile torun ..."

Iust., Inst. 1.10.12: "Si adversus ea, quae diximus, aliqui coierint, nec vir nec uxor nec nuptiae nec matrimonium nec dos intellegitur".

Iust., Inst. 1.10.12: "Söylediklerimizin aksine bazı birleşmeler olursa, burada ne koca, ne karı, ne evlenme, ne de cihaz söz konusudur ..."

Roma'da şekle bağlı olarak yapılmayan evlenme, *manus*³¹'lu ya da *manus*'suz yapılabilmekteydi. Eğer evlenen kadın kocasının hakimiyetine girmeyi kabul etmişse, *confarreatio* ve *coemptio*³² adı verilen merasimli işlem-

²⁹ ERDOĞMUŞ, Hukukta Latince, s. 87.

³⁰ CEYLAN, Seldağ Güneş, Roma Hukuku'nda Evlenme (*Matrimonium*), Ankara 2010, s. 108 vd; EMİROĞLU, s. 73 vd; BORKOWSKI/ PLESSIS, s. 124 - 125.

³¹ *Manus*, evlenen kadının kocasının veya kocası hakimiyet altında ise onun aile resinin hakimiyeti altına girmesidir; CEYLAN, Evlenme, s. 87 vd; EMİROĞLU, s. 38; UMUR, Lügat, s. 134; BERGER, s. 577.

³² *Confarreatio* işlemiinde eşler, *Jüppiter* rahibinin ve on tanığın huzurunda merasimli sözlerle *Jüppiter*'e adanmış olan bulgur ekmeğini bölüşürler ve bu şekilde kadın *manus* altına girerdi. *Coemptio* işlemi ise, *pater familias*'ın kızını sembolik bir bedel karşılığında müstakbel kocasına *mancipatio* ile satmak suretiyle kadının *manus* altına girmesidir; CEYLAN, Evlenme, s. 93 - 94; UMUR, Lügat, s. 45; BERGER, s. 406.

lerin yapılması gerekmektedir. Söz konusu işlemlerin gerektiği gibi yapılmamış olması *manus*'un hükümsüzlüğünü doğurmaktaydı³³.

Roma Hukuku'nda farklı dönemlerde çeşitli vasiyet türlerinin var olduğunu görmekteyiz³⁴. Bunlardan ilki, askerlerin savaş sırasında birbirleri önünde sözlü olarak ve hiçbir şekle uymak zorunda olmaksızın yapmış oldukları vasiyetname şekli (*testamentum in procinctu*) idi. Bir diğer vasiyetname şekli olan "*testamentum calatis*" ise, sulh zamanında baş rahibin hazır bulunduğu ve yılda iki kez (24 mart ve 24 mayıs) toplanan eski *curia*'lar meclisi huzurunda yapılmaktaydı. Şekle tabi olan bu vasiyetnamede şekle uyulmamış olması hukuki işlemin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaktaydı. Ayrıca aile malvarlığının, "*emptor familiae*" diye adlandırılan emniyetli bir kimseye bedeli karşılığında *mancipatio* işlemi ile devredilmesi niteliğinde olan, beş şahit, vasiyetname yapacak olan kimse, kendisine miras bırakılan şahıs ve elinde terazi tutan şahsın bir araya gelmesi ile yapılan "*testamentum per aest et libram*"³⁵ adı verilen bir vasiyetname şeklinin olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır. Sıkı sıkıya şekle bağlı olan bu vasiyetnamede de şekil şartlarının yerine getirilmemiş olması vasiyetnameyi hükümsüz kılmaktaydı³⁶.

Roma Hukuku'nun eski dönemlerinde alacağın temlik ve borcun nakli işlemleri ancak yenileme (*novatio*) yolu ile yapılabilmekteydi. Bu hukuki işlemin de borç ilişkisinin yeni tarafları ile eski borçlu ya da alacaklı arasında *stipulatio* ile yapılması gerekmektedir³⁷. Eğer söz konusu işlemlerde yenileme *stipulatio* ile yapılmamışsa, alacağın temlik ya da borcun nakli işlemleri hüküm doğurmamaktaydı.

Klasik Hukuk Dönemi'nde geçerli olan "borç ilişkisi mirasçının şahsında başlayamaz" (*obligatio ab heredis persona incipere non potest*) kuralı gereği bir kimseye ölümünden sonra ifa edilmek üzere vekalet verilemezdi³⁸. Bu husus *Gaius*'a ait aşağıdaki metinde de açıkça ifade edilmiştir:

³³ CEYLAN, Evlenme, s. 85 – 86; EMİROĞLU, s. 39 – 40; DI MARZO, s. 156.

³⁴ KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, Roma Hukuku'nda Vasiyet (*Testamentum*), Ankara 2007, s. 123 vd.

³⁵ Bkz.: *Gaius, Inst. 2.101 ve Inst., Inst. 2.10.1.*

³⁶ UMUR, Roma Hukuku, s. 510; DI MARZO, s. 467; BORKOWSKI/ PLESSIS, s. 220 vd.

³⁷ RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 2001, s. 217 – 218; UMUR, Roma Hukuku, s. 326; TAHİROĞLU, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2003, s. 81.

³⁸ RADO, s. 156; TAHİROĞLU, s. 217; UMUR, Roma Hukuku, 374; DI MARZO, s. 402 – 403.

Gaius, Inst. 3.158: "Item si quis quid post mortem meam faciendum mihi mandet, inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse".

Gaius, Inst. 3.158: "Bir kimse ölümünden sonra yapılacak bir iş için bana vekalet verirse, bu vekaletin hükümsüzlüğü söz konusudur; çünkü genellikle bir borcun mirasçının şahsında doğamayacağı kabul edilmektedir".

Papinianus, Roma'da tarafların aralarındaki bir anlaşma ile emredici nitelikte olan hukuk kurallarına (*ius cogens*) aykırı hareket edip, sözleşmeyi istedikleri gibi değiştiremeyeceklerini belirtmektedir³⁹. Örneğin, taraflar borçlunun kastından sorumlu olmayacağını kararlaştıramazlardı⁴⁰. Dolayısıyla tarafların emredici hukuk kurallarına aykırı olarak yapmış oldukları anlaşmaların hükümsüzlüğü söz konusuydu.

Klasik Hukuk Dönemi'nde karı koca arasındaki bağışlamaların yasaklandığı kaynaklardan anlaşılmaktadır. Böyle bir yasağa rağmen karı koca arasında bir bağışlama yapılmış ya da bağışlama vaadinde bulunmuş ise *Ulpianus*'a ait aşağıdaki metinde de açıkça ifade edildiği üzere, söz konusu bağışlama hükümsüzdü⁴¹. Dolayısıyla mülkiyet karşı tarafa geçmez ve verilen şeyin iadesi istenebilmekteydi:

D. 24.1.3.10 (Ulpianus 32 ad sab.): "Sciendum... autem est ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso iure nihil valeat quod actum est: proinde si corpus sit quod donatur, nec traditio quicquam valet, et si stipulanti promissum sit vel accepto latum, nihil valet: ipso enim iure quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt".

*D. 24.1.3.10 (Ulpianus 32 ad sab.): "Bilinmelidir ki, karı koca arasında bağışlama yapılması hukuken hükümsüz olacak şekilde yasaktır. Bir mal bağışlanmışsa, bu malın teslimi geçerli değildir ve *stipulatio* ile bir vaatte bulunmuş ya da bir borcundan ibra etmişse, bu işlem hükümsüzdür: karı koca arasında bağışlama amacıyla yapılan her şey hükümsüz olur".*

Roma'da ibra (*acceptilatio*) ile borçlu, borcun istenmeyeceğine ilişkin alacaklı ile yapmış olduğu anlaşma ile borcundan kurtulabilmekteydi. Eski devirlerde alacaklının borçlusunu ibra etmesi çok sıkı şekillere bağlı işlemler-

³⁹ Bkz.: *D. 2.14.38 (Papinianus 2 quaest.)* ve *D. 50.17.27 (Pomponius 16 ad sab.)*.

⁴⁰ ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 96; KOSCHAKER/AYİTER, s. 69.

⁴¹ CEYLAN, Evlenme, s. 101 – 102; EMİROĞLU, s. 88; RADO, s. 171.

le mümkün olmaktadır⁴². Şöyle ki, ibra ile ortadan kaldırılmak istenen borç ne şekilde meydana gelmişse, söz konusu hukuki işlemin zıddı bir şekilde ortadan kaldırılmaktaydı⁴³. *Stipulatio* ile yapılan bir hukuki işlemi ibra ile sona erdirmek için borçlunun “sana vaat ettiğimi almış olarak kabul ediyor musun?” şeklinde sorduğu soruya alacaklının; “aldığımı kabul ediyorum” şeklinde cevap vermesi gerekmektedir. Aksi halde taraflar arasında yapılan ibra hükümsüz olarak kabul edilmekteydi⁴⁴.

III. AHLAKA AYKIRILIK

Roma Hukuku’nda hukuki işlemlerin konusunun ve amacının ahlak kurallarıyla da sınırlandırıldığı kaynaklardan anlaşılmaktadır. Eğer taraflar arasında konusu ahlaka aykırı bir hukuki işlem yapılmışsa ya da hukuki işlem ile elde edilmek istenen amaç ahlaka aykırı ise söz konusu ahlaka aykırı hukuki işlemler, hukuk düzeni tarafından hükümsüz kabul edilmekteydi. Hukuk düzenince korunmayan bu hukuki işlemlerin yerine getirilmesi de taraflarca istenemezdi⁴⁵.

Ulpianus’a ait metinde de görüleceği üzere, Roma’da ahlaka aykırı olarak yapılmış olan *stipulatio*’ların batıl olduğu kabul edilmekteydi⁴⁶:

D. 45.1.26 (Ulpianus 42 ad sab.): “Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti”.

D. 45.1.26 (Ulpianus 42 ad sab.): “Ahlaka aykırı olan stipulatio’ların genel olarak batıl olduğunu biliyoruz”.

Ahlaka ve adaba aykırı olarak, örneğin hırsızlık yapmak için yapılmış olan vekalet sözleşmesinin borç doğurmayacağı, dolayısıyla da hükümsüz⁴⁷ olacağı *Iustinianus*’a ait aşağıdaki metinde açıkça belirtilmiştir:

⁴² TAHİROĞLU, s. 82 – 83; RADO, s. 231 – 232; UMUR, Roma Hukuku, s. 327.

⁴³ KNÜTEL, Rolf, *Contrarius consensus*; Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht, Köln 1968, s. 9.

⁴⁴ WATSON, Alan, The Form and Nature of ‘*acceptilatio*’ in Classical Roman Law, RIDA 1961, 3. Serie, Vol. 8, s. 391 vd.; KASER, s. 641.

⁴⁵ UMUR, Roma Hukuku, s. 204 – 205; ÇELEBİCAN, Roma Hukuku, s. 241; DI MARZO, s. 77 – 78; ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 161; KARAGÖZ, s. 52; KOSCHAKER/ AYİTER, s. 69.

⁴⁶ ZIMMERMANN, s. 708; BORKOWSKI/ PLESSIS, s. 259.

⁴⁷ ZIMMERMANN, s. 421; Bkz.: *Gaius, Inst. 3.157*; ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 161; UMUR, Roma Hukuku, s. 205.

Iust., Inst. 3.26.7: “Illud quoque mandatum non est obligatorium quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto aut damno faciendo aut de iniuria facienda tibi mandat”.

Iust., Inst. 3.26.7: “Ahlak ve adaba aykırı olarak yapılan (contra bonos mores) vekalet de borç doğurmaz, örnek olarak Titius, hırsızlık, zarar (damnum) ya da iniuria yapman için sana vekalet verse”.

Iustinianus, ahlaka aykırı bir sebeple taahhüt edilen şeyin geçerli olmadığını (*non valet*) söyledikten sonra buna adam öldürmeyi veya bir tapınağı soymayı örnek göstermektedir⁴⁸. *Ulpianus*, ahlaksız bir şeyin yapılması için verilen vekaletin geçersiz olduğunu ve böyle bir vekalet için dava açılmayacağı⁴⁹ belirtmektedir⁴⁹.

Papinianus, iyiniyete tabi davalarda ahlaka ve adaba aykırı edimlerin istenmesinin hukuka aykırı olduğunu dile getirmektedir⁵⁰.

Şirket sözleşmesinin konusunun meşru olması gerektiği gibi, ortaklıktan beklenen kazanç da meşru olmalıydı. Örneğin birkaç kişi, kaçakçılık, hırsızlık, kalpazanlık yapmak, fuhuş yaptırmak ve bu suretle zengin olmak amacıyla aralarında bir şirket kurarlarsa, yapılan şirket sözleşmesi hükümsüz sayılmaktaydı⁵¹.

Sonuç

Roma Hukuku'nun başlıca hukuk kaynağı olan örf adet hukuku, “XII Levha Kanunu” ile yazılı hale getirilmiş ve ayrıca halk meclisleri kararları yani kanunlar (*lex*), *praetor* beyannameleri, *senatus* kararları, hukukçuların cevapları, imparator emirnameleri ve *Iustinianus* zamanında “*Corpus Iuris Civilis*” in bölümleri Roma'da yürürlük kaynaklarını oluşturmuştur.

Roma'da birbirini izleyen siyasal dönemlerde devlet örgütlenmesine uygun olarak değişiklik gösteren yürürlük kaynaklarından yola çıkmak suretiyle genel ve kesin bir teoriye ulaşılamamakla birlikte Roma Hukuku'nda hükümsüzlük halleri, somut olay incelemesi sonucunda bir takım ilkelere bağ-

⁴⁸ Bkz.: *Iust., Inst. 3.9.24*.

⁴⁹ WATSON, Alan, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford 1961, s. 88 vd.; Bkz.: *D. 17.1.6.3 (Ulpianus 31 ad ed.)* ve *Gaius, Inst. 3.157*; TAHİROĞLU, s. 202.

⁵⁰ Bkz.: *D. 22.1.5 (Papinianus 28 quaest.)*; ZIMMERMANN, s. 710.

⁵¹ UMUR, *Roma Hukuku*, s. 371; RADO, s. 144 – 145; KARAGÖZ, s. 52; TAHİROĞLU, s. 209.

lanmıştır. Günümüz hukukunu da önemli ölçüde etkileyen bu ilkeler, hukuki işlemlerde hükümsüzlük hallerini temelde üç başlık altında toplamaktadır. Buna göre, Roma Hukuku'nda hukuki işlemleri hükümsüz kılan başlıca haller: Hukuki işlemin konusunun başlangıçtan itibaren imkansız olması, hukuki işlemin hukuka aykırı olması ve hukuki işlemin konusunun ve amacının ahlaka aykırı olmasıdır.

BİBLİYOGRAFYA

BERGER, Adolf : Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953.

BORKOWSKI, Andrew/

PLESSIS, Paul du : Textbook on Roman Law, Oxford 2005.

BURDICK, William Livesey : The Principles of Roman Law and their Relation to Modern Law, New Jersey 2004.

CEYLAN, Seldağ Güneş : Roma Hukuku'ndan Günümüze Velayet – Vesayet Hukuku, Ankara 2004.

CEYLAN, Seldağ Güneş : Roma Hukuku'nda Evlenme (*Matrimonium*), Ankara 2010 [Evlenme].

DI MARZO, Salvatore : Roma Hukuku, İstanbul 1954.

(Çev.: UMUR, Ziya)

ERDOĞMUŞ, Belgin : Hukukta Latince Teknik Terimler- Özlü Sözler, İstanbul 2004 [Hukukta Latince].

ERDOĞMUŞ, Belgin : Roma Hukuku (Tarihi Giriş – Hukuk Tarihi – Genel Kavramlar), İstanbul 1995 [Roma Hukuku].

EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, İstanbul 2009.

- EMİROĞLU, Haluk : Roma Hukuku'nda Kadının Durumu, Ankara 2003.
- GÜRAL, Jale : Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi, Ankara 1953.
- HONIG, Richard : Roma Hukuku, (Çev.: Talip, Ş.), İstanbul 1957.
- KARADENİZ - ÇELEBİCAN, Özcan : Roma Hukuku, (Tarihi Giriş – Kaynaklar - Genel Kavramlar - Kişiler Hukuku - Hakların Korunması), Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış Onbirinci Basım, Ankara 2004 [Roma Hukuku].
- KARADENİZ - ÇELEBİCAN, Özcan : Roma Eşya Hukuku, Ankara 2005 [Roma Eşya Hukuku].
- KARAGÖZ, Veli : Roma Hukuku'nda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1996.
- KASER, Max : Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, (das Altrömische, das vorklassische und klassische Recht) München 1971.
- KNÜTEL, Rolf : *Contrarius consensus*; Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht, Köln 1968.
- KOÇ, Nevzat : Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukuku'nda Hükümsüzlük (Butlan), DEÜHFD 1981, Yıl: 2, Sayı: 2, s. 127 – 170.
- KOSCHAKER, Paul/
- AYİTER, Kudret : Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukuku'nun Ana Hatları, İzmir 1993.
- MOMMSEN, Friedrich : Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse, Braunschweig 1853.
- RADO, Türkan : Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1982 [Borçlar Hukuku].
- RADO, Türkan : *Gaius Institutiones* (Borçlar Kısmı), İstanbul 1953 [Institutiones].
- SCHWARZ, B. Andreas: Roma Hukuku (Çev: RADO, Türkan), İstanbul 1963.

TAHİROĞLU, Bülent : Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2003.

TAHİROĞLU, Bülent/

ERDOĞMUŞ, Belgin : Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul 2003.

UMUR, Ziya : Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999 [Roma Hukuku].

UMUR, Ziya : Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1983 [Lügat].

UMUR, Ziya : *Iustinianus*'un *Institutiones*'i, İstanbul 1968 [*Institutiones*]

WATSON, Alan : Contract of *Mandate* in Roman Law, Oxford 1961.

WATSON, Alan : The Form and Nature of '*acceptilatio*' in Classical Roman Law, RIDA 1961, 3. Serie, Vol. 8, s. 391 – 416.

ZIMMERMANN, Reinhard : The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town 1996.

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

ÇEVRESEL ETKİ DEĞERLENDİRMESİNİN YARGI KARARLARI ÇERÇEVESİNDE İRDELENMESİ

Süheyla Suzan ALICA*

ÖZET

Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED), çevre sorunlarının çözümüne ilişkin en önemli önleyici araçlardan biri olarak doğmuş ve tüm gelişmiş ülkelerde kabul görmüştür. Ülkemizde 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 10. maddesinde getirilen düzenleme ile mevzuatımıza girmiştir. Bu düzenlemenin ardından 1993 yılında yürürlüğe giren Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği, çevreye etkisi olabilecek projelerin faaliyete girmeden engellenmesini amaçlamıştır. ÇED Yönetmeliği, pek çok kez değişikliğe uğramış ve en son 2008 yılında yapılan değişiklikle mevzuatta yerini almıştır. Bundan sonraki dönemlerde de uygulamadaki sorunlara ve Avrupa Birliği direktiflerine paralel olarak Yönetmelikte değişikliklerin yapılacağı kesindir. ÇED Yönetmeliği ile çevre sorunlarına yol açabilecek her faaliyet için kurum, kuruluş ve işletmelere yasal bir zorunluluk olarak "ÇED Raporu" hazırlama yükümlülüğü getirilmektedir. Çevre yönetiminin en önemli araçlarından biri olan Çevresel Etki Değerlendirmesi'ne ilişkin yasal düzenlemeler ile kurumsal yapılanmaya yer verilen bu çalışmada, uygulamada karşılaşılan sorunları ile konuyla ilgili yargı kararları tartışılmış ve Avrupa Birliği ÇED Direktifi (EIA) üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Çevresel etki değerlendirme, yargı kararları, halkın katılımı.

AN OVERVIEW ON THE ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT IN THE FRAME OF TURKISH CASE LAW

ABSTRACT

The Environmental Impact Assessment (EIA) has been come into existence as one of the most important preventing approach for the solutions of environmental problems. It has also been accepted all over the developed countries. In Turkey the EIA was come into effect with Environment Law number 2872. The EIA Regulation was entered into force in 1993 and has been changed several times. The last Regulation was come in to force in 2008. The regulation of Environmental Impact Assessment gives responsibilities to the corporations, installations and enterprises by law to prepare an "EIA Report" for the each activities that can cause environmental problems. The EIA is one of the considerable instrument for environmental management. In this study, It is discussed the court decision concerning about EIA and emphasized the Directives of Environmental Impact Assessment.

Key Words: Environmental Impact Assessment, court decisions, public participation.

* Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Çevre Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi

Giriş

Kirletilmiş ve tahrip edilmiş bir çevreyi temizleyip onarmanın ve yeniden sağlıklı ve dengeli bir hale getirmenin çok güç olduğu, zaman ve para gerektirdiği anlaşıldığından beri, kalkınma ve ekonomik gelişme için yapılacak yatırım ve faaliyetlerin, doğayı bozmadan ve çevreyi kirletmeden gerçekleştirilmesinin en doğru ve önleyici çözüm olduğu kabul edilmiştir. Bu belirlenimin kabulü sonucunda, kirlenen ve bozulan çevreyi temizleme veya onarma yerine, olumsuz etkileri baştan önlemenin yöntemleri aranmıştır. Bu yöntemin ismi “Çevresel Etki Değerlendirmesi”dir. Çevresel Etki Değerlendirmesi “*Environmental Impact Assessment*” ilk kez ABD ve Kanada’da kabul görmüş ve başlangıçta endüstriyel faaliyetlerin çevreye en az zarar verecek şekilde gerçekleştirilmesini sağlamaya yönelik bir dizi uygulama olarak dikkate alınmıştır¹.

Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED), bir yatırım veya projenin önemli etkilerinin belirlendiği, karar verme aşaması ile birlikte gelişen bir süreçtir. ÇED’in temel görevi karar vericilere yatırım ya da projenin çevresel etkilerini göstermek suretiyle doğru karar vermelerini sağlamaktır. ÇED, kalkınmanın gereği olan faaliyet ve yatırımların çevre üzerine olabilecek olumsuz etkilerini önceden belirleyebilmek, bu olumsuzluklar ortaya çıkmadan önlemek için gerekli tedbirleri tespit etmek, kalkınmanın sürdürülebilirliğini sağlamak ve bu süreç sonucunda karar vermeye yetkili mercilerin kararlarını doğru bir şekilde vermelerini temin etmek amacıyla getirilmiş, tahmin ve önleme dayalı çalışmalar bütünüdür.

ÇED’in hangi faaliyet ve projeler için gerekli olduğu ve çevre üzerinde belli bir etkisi olabilecek bütün projelerin ÇED kapsamı içinde olması gerekip gerekmediği sorunu her dönemde tartışma konusu olmuştur. ÇED, çimento fabrikaları, otoyollar, demiryolları, atık su arıtım tesisleri, havaalanları gibi pek çok faaliyet ve proje için gereklidir. Çevre üzerinde olabilecek etkiler, bütün tarafların hak ve menfaatleri çerçevesinde ve bölgenin olumlu yanları da dahil olmak üzere, mülkiyet durumu ve kültürel değerlerini içeren çevrenin doğal dengesi göz önünde tutularak incelenmelidir. Bu çerçevede ÇED’in ne olması ve nasıl uygulanması gerektiği üzerinde durarak kapsamını belirlemek, tüm tarafların hak ve menfaatleri açısından önemlidir.

¹ YİĞİT-ÇOLAK-KETENOĞLU-KURT-SÖZEN-HAMZAOĞLU-KARATAŞ-ÖZKURT, s.1.

Çevresel Etki Değerlendirmesi kavramına ilişkin pek çok tanım olmakla birlikte, herkesin üzerinde uzlaştığı bir tanım bulunmamaktadır. Yasal düzenleme uygulamacıya yol göstermesi açısından kapsamlı bir tanım getirmiştir. 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 2. maddesinde ÇED; “gerçekleştirilmesi plânlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkilerinin belirlenmesinde, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesinde ve projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmalar” olarak tanımlanmıştır. Doktrinde ÇED’i, “olumlu ve olumsuz etkilerin önceden değerlendirilerek, olumsuzluk durumunda, amacın gerçekleştirilmesi için gerekli önlem planlamasının yapıldığı bir süreç”² olarak gören tanımın yanı sıra, “bir projenin çevresel etkilerine dair bilgilerin gerek proje sahibi gerekse karar veren makam tarafından değerlendirildiği bir süreç”³ olarak belirten tanım da yer almaktadır.

Bu tanımlar çerçevesinde, çalışmamızda ÇED sürecinde uygulamadan doğan sorunlara ilişkin önemli yargısal içtihatlardan hareketle, ÇED’in yasal ve kurumsal yapısı irdelenmiş ve genel değerlendirme yapılmıştır.

1-Türkiye’de Çevresel Etki Değerlendirmesinin Yasal Çerçevesi

1982 Anayasası’nın “çevre hakkını” düzenleyen 56. maddesinin⁴ ardından 1983 tarihinde yürürlüğe giren 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun 10. maddesi ile Çevresel Etki Değerlendirmesi ilk kez mevzuatımıza kazandırılmıştır. Çevre Kanunu, çevreye önemli etkileri olabilecek faaliyetlerle ilgili projelerin, planlama aşamasından başlayarak çevreye olabilecek etkilerinin önlenmesini amaçlamış ve çerçevesini çizdiği konunun usul ve esaslarının düzenlenmesini Yönetmeliğe bırakmıştır. İlk ÇED Yönetmeliği, 7 Şubat 1993 tarihinde, Kanun’un yürürlüğe girmesinden 10 yıl sonra çıkarılabilmektedir⁵. Birçok değişikliğe uğramış olan bu Yönetmelik 1997 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. 1997 tarihli ikinci ÇED Yönetmeliği⁶ ise hükümlerinde önemli

² KARAMAN, s.63.

³ MORRIS-THERIVEL, CHADWICK, s.3.

⁴ “Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” başlıklı 56 madde; “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.” hükmünü getirmiştir.

⁵ RG. 07.02.1993 tarih ve 21489 sayı.

⁶ RG. 23.06.1997 tarih ve 23028 sayı.

değişiklikler yapıldıktan sonra, 2002 tarihinde üçüncü ÇED Yönetmeliği⁷ ile ortadan kaldırılmıştır. Bu Yönetmeliğin iptali ve yürütülmesinin durdurulması talebi ile açılan dava sürmekte iken bu Yönetmeliği de uygulanmasında sorunlar olduğundan bahisle, 2003 tarihli ÇED Yönetmeliği⁸ ile yürürlükten kaldırmıştır. En son çıkarılan ve halen uygulamada bulunan ÇED Yönetmeliği 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁹ Bu denli fazla değişikliğe uğrayan ÇED Yönetmeliklerini birbiri ile karşılaştırmak oldukça güç olup, yönetmeliklerden birini seçerek uygulamada en iyi olduğunu söylemek de olanaklı değildir. Çünkü her yönetmelik daha mükemmel olması amacıyla çıkarılmış, ancak bir öncekine göre uygulamada daha çok soruna neden olan ve çevre açısından olumsuzluklar taşıyan hükümleri de içeren düzenlemeler olarak yürürlüğe girmiştir.

Yürürlükte buldukları dönemlerde oldukça fazla uyuşmazlık konusu yapılan ÇED Yönetmeliklerinin çeşitli gerekçelerle değişikliğe uğraması üzerine, bu değişikliklerin çevre koruma amacını taşımadığı iddiası ile sivil toplum kuruluşları tarafından pek çok dava açılmıştır. Diğer taraftan Yönetmelik uyarınca projelere ilişkin yetkili idare tarafından verilen ÇED kararlarına karşı açılan davaların sayısı da oldukça fazladır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, üretim aşamasına geçmiş ve ÇED Yönetmeliği'nde yer alan yükümlülükleri yerine getirmemiş işletmeler, ÇED konusunda karar vermeye yetkili idare üzerinde her zaman baskı unsuru olmuştur. Çünkü ÇED Raporu hazırlama yükümlülüğünü yerine getirmediğinden bahisle, istihdam ve üretim yapan bir işletmenin faaliyetine son verilmesi veya geçici olarak durdurulması işlemi, kalkınma çabalarının sürdüğü ülkemizde haklı ve gerçekçi görülmemiştir ve halen de görülmemektedir. Bu nedenle de, ÇED kapsamında bulunmasına, yani ÇED Raporu hazırlamak zorunda olmasına rağmen, bu yükümlülüğünü yerine getirmeden üretim ve işletme aşamasına geçmiş olan işletmelere, doğrudan faaliyetine son verme yaptırımının uygulanması yerine, bu yükümlülüklerini yerine getirmeleri için bir süre verilmesini öngören Yönetmelik değişiklikleri (kısmi ÇED affi olarak algılanmıştır) yapılması yoluna gidilmiştir. Bu Yönetmelik değişikliklerinin iptaline ilişkin uyuşmazlıkların¹⁰, çevre mi

⁷ RG. 06.06.2002 tarih ve 24777 sayı.

⁸ RG. 16.12.2003 tarih ve 25318 sayı.

⁹ RG. 17.07.2008 tarih ve 26939 sayı.

¹⁰ Örneğin bu şekildeki bir Yönetmelik değişikliğinin gerekçesi olarak; faaliyetine başlamış ve üretimde bulunan tesislerden ÇED Yönetmeliği hükümlerini yerine getirmemiş olanların Yönetmelik gereği kapatılması durumunda; söz konusu tesislerin yurt içi ve yurt dışı bağ-

kalkınma mı tartışmaları çerçevesinde sürdürülmüş olduğu dikkat çekmektedir.

Danıştay, ÇED Yönetmeliği'nde yapılan değişiklikleri “*kamu yararı*” kavramı çerçevesinde değerlendirmiştir. Danıştay'a göre; Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nde öngörülen yükümlülüklerini yerine getirerek faaliyetine başlamış olanlarla, anılan Yönetmeliği dikkate almadan faaliyete başlayıp üretime geçmiş olan ve sonradan yükümlülüklerini yerine getirmeleri için kendilerine yeterli kadar süre verilenler arasında eşitsizlik yaratılmıştır. Çevresel etkileri göz önüne alınmadan faaliyette bulunulması durumunda, faaliyet ÇED Olumsuz kararı verilecek türden ise çevreye verilebilecek zarar değerlendirilmeden işlem yapılmış olacaktır. Bu durumda, *kamu yararına* ve hukuka aykırı bir düzenleme söz konusudur. Yüksek Mahkeme bu kararında, Çevre Kanunu'nun ilgili maddesi ve ÇED Yönetmeliği ile getirilen ve yatırımların çevreye olabilecek etkilerinin araştırılmasını öngören Çevresel Etki Değerlendirmesi sisteminin amacını göz önüne alarak, ÇED Raporu hazırlamadan üretime geçmiş faaliyetlere süre verilmesinin, bu sisteme aykırı olacağı ve amacına ters düştüğü değerlendirilmesinde bulunmuştur. Danıştay anılan uyumsuzlukta¹¹ çevrenin korunmasında kamu yararının daha üstün olduğu düşüncesi ile karar vermiştir.

2- ÇED Kararının Hukuki Niteliği

ÇED, kapsamında belli aşamaları içeren idari bir süreçtir. Ancak bu süreç sonucunda verilen “kararın” hukuki niteliği nedir sorusu ile karşı karşıya kalınmaktadır. ÇED konusunda karar verici yetkili kurum Çevre ve Şehircilik Bakanlığıdır¹². Bakanlık karar vermeden önce ÇED sürecinde ilgili tüm kurum ve kuruluşların görüş ve önerilerini almakla beraber, kurumsal yapının

lantılarını ve taahhütlerini yerine getirememesi, üretilen ürünlerde kullanılan hammaddelerin bozulması, tesiste çalışanların mağdur olması gibi bir takım olumsuzluklar meydana geldiği hususu gösterilmiştir. Yönetmelik değişikliği gerekçesinde, bu durumdan en büyük zararı da ülke ekonomisinin gördüğü ve bu çerçevede, idarece uygun görülmesi halinde faaliyetlerini durdurmadan Yönetmelik hükümlerini yerine getirmesi amacıyla süre verilebilmesi için Yönetmeliğe ek bir düzenleme getirildiği belirtilmiştir.

¹¹ Danıştay 6. D., 06.11.2001 tarih ve E.2000/3626, K.2001/5220.

¹² Bakanlık önce 636 sayılı “Çevre, Orman ve Şehircilik Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” ile yeni bir Bakanlık olarak teşkilatlanmıştır. (RG. 08.06.2011 tarih ve 27958 sayı) Ancak daha sonra bir ay geçmeden yeni Bakanlık 644 sayılı “Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” ile yeni bir yapı olarak teşkilatlanmıştır. (RG. 04.07.2011 tarih ve 27984 (Mükerrer) sayı)

değişkenliği, teknik ve idari altyapının yetersizliği, yetişmiş ve deneyimli personelin eksikliği gibi nedenlerle ÇED sürecinin uzamasına neden olduğu eleştirileri ile karşı karşıya kalmıştır. Diğer kamu kurum ve kuruluşlarının görüşlerinin alınması da sürenin uzamasına neden olmaktadır. Sürenin uzunluğu, her zaman yatırımcının şikayet etmesinin ve idareye bu gerekçeyle baskıda bulunmasının sebebi olmuştur.¹³

ÇED Komisyonu'nda¹⁴ faaliyetin konusuna göre değişik kurum ve kuruluşlardan gelen temsilcilerin görüşleri doğrultusunda faaliyetin çevresel etkileri değerlendirilmekte ve bir karara varılmaktadır. ÇED süreci¹⁵ sonucunda, mevzuatın verdiği yetkiye dayanılarak “karar mercii” tarafından nihai bir sonuca ulaşılmaktadır. Burada vurgulanması gereken husus, bu kararın ÇED Raporunu¹⁶ hazırlayan ve inceleyen uzmanlar tarafından değil, karar mercii tarafından verilmesi ve karar merciiinin, ÇED Raporundaki sıralamada çevresel açıdan en iyi durumda olmayan alternatiflerden biri üzerinde de karar vermesinin mümkün olabileceğidir¹⁷. Neticede ÇED, faaliyet sahibine ve sorumlu idarelere faaliyetin “çevre üzerindeki etkilerinin” ne olacağını belirleyen ve yol gösterici olma iddiasındaki bir planlama aracı, ÇED Raporu ise, önerilen faaliyetin çevresel sonuçlarının değerlendirilmesini içeren bir belge olarak kabul edilmektedir¹⁸. Nitekim 1993 tarihinde yürürlüğe giren ilk ÇED Yönetmeliğine göre; ÇED sürecini tamamlayan faaliyet sahibine o faaliyetin ÇED sürecine uygun olarak yapılabileceği yolunda bir “belge” verilmekte ve söz konusu “ÇED Olumlu Belgesi” (Yönetmelikte bu şekilde adlandırılmaktaydı), Bakanlığın kabul edilen kurallar çerçevesinde faaliyetin yapılabileceğini belirleyen ve faaliyet sahibini de bazı yükümlülükler altına sokan bir izin niteliğinde sayılmaktaydı. Faaliyeti ÇED süreci bakımından sa-

¹³ Bu baskı sonucu ÇED Yönetmeliğindeki süreler 2003 tarihli Yönetmelikte kısaltılmıştır.

¹⁴ Yönetmeliğe göre Komisyon: “Proje için verilecek özel formatın kapsamını, kriterlerini belirlemek ve bu ilkeler doğrultusunda hazırlanan Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporunu inceleyip değerlendirmek üzere Bakanlık tarafından kurulan Kapsam Belirleme ve İnceleme Değerlendirme Komisyonunu” ifade etmektedir.

¹⁵ ÇED süreci; gerçekleştirilmesi planlanan projenin çevresel etki değerlendirmesinin yapılması için ÇED Yönetmeliğinin 8. ve 16. maddelerinde belirtilen başvuru ile başlayan ve işletme sonrası çalışmaların uygun hale geldiğinin belirlenmesi ile sona eren süreçtir.

¹⁶ Çevresel etki değerlendirmesi raporu; ÇED Yönetmeliğinin EK-I listesinde yer alan veya Çevre, Orman ve Şehircilik Bakanlığı'nca “Çevresel Etki Değerlendirmesi Gereklidir” kararı verilen bir proje için belirlenen özel formata göre hazırlanacak rapordur.

¹⁷ USLU, s.49.

¹⁸ YAŞAMIŞ, s.22.

kıncalı bulan ve faaliyetin yapılamayacağını belirten belge de “ÇED Olumsuz Belgesi” olarak adlandırılmakta ve bu belge ile idare, faaliyetin yapılmasında çevresel açıdan sakınca olduğunu belirterek, izin vermeme iradesini ortaya koymaktaydı.

Ancak daha sonra yürürlüğe giren ÇED Yönetmeliği ile bu kavramlar “ÇED Olumlu Görüşü” ve “ÇED Olumsuz Görüşü” olarak değiştirilmiştir. Bu değişikliğe ilişkin Yönetmelik dava konusu olmuş ve Danıştay “görüş” ibaresini uygun bulmamıştır. Danıştay’a göre; dava konusu Yönetmelikte ÇED Raporu faaliyet sahibince Yönetmelikte belirlenen formata uygun olarak hazırlanıp diğer belgelerle birlikte Bakanlığa sunulduktan sonra Bakanlıkça olumlu ve olumsuz bir görüş bildirilmesi ve bu faaliyetler için teşvik, onay, izin ve ruhsat alınabilmesi için bu görüşün olumlu olması şartı aranmaktadır. Bu durumda, söz konusu “görüş” kavramıyla belirtilen işlemin bağlayıcı nitelikte olmasının amaçlandığı anlaşılmakta ise de görüş şeklindeki ifade biçimi işlemin etkisini ortadan kaldıran (denetime tabi olmayı gerektiren idari işlemin aksine) ve yargısal denetimin yapılmasını engelleyen bağlayıcı nitelikte olmayan bir kavramı ifade ettiğinden, anılan maddelerde yer alan “görüş” sözcükleri yönetmeliğin düzenleyici olma niteliğine ve idare hukuku esaslarına aykırı düşmektedir. Bu karar¹⁹ haklı olarak Çevresel Etki Değerlendirmesi sürecinin ve bu süreç sonucunda verilen kararın, daha sonra diğer kurum ve kuruluşlarca yapılacak işlemlere etkili olabilecek bir idari işlem olduğunu, görüş olarak değerlendirilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Yürürlükteki yasal düzenleme uyarınca da ÇED, yatırıma başlanabilmesi için Bakanlık dışındaki diğer kamu kurumları tarafından verilecek izin niteliğindeki idari işlemler öncesinde aranması gereken bir ön koşul (izin) olarak görülmektedir. Bu karar sonrasında çıkarılan ÇED yönetmeliklerinde, ÇED süreci sonunda tesis edilen işlem, “Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu Kararı”, “Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir Kararı” veya “Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumsuz Kararı” olarak adlandırılmış ve tanımlanmıştır.

3- 2872 Sayılı Çevre Kanunu’nda Düzenlenen ÇED Hükümü ve Anayasa Mahkemesi Kararı

Çevre Kanunu’nun 10. maddesine göre; gerçekleştirmeyi plânladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmeler, Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu veya proje tanıtım dosyası hazırlamakla yükümlüdürler.

¹⁹ Danıştay 6. Dairesi K. E.1997/4497 K. 1998/5629.

Maddenin 2. fıkrasına göre; Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu Kararı veya Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir Kararı alınmadıkça bu projelerle ilgili onay, izin, teşvik, yapı ve kullanım ruhsatı verilemez; proje için yatırıma başlanamaz ve ihale edilemez.

3. fıkrada ise petrol, jeotermal kaynaklar ve maden arama faaliyetleri, Çevresel Etki Değerlendirmesi kapsamı dışında tutulmuştur.

Anayasa Mahkemesi tarafından iptale konu olan²⁰ söz konusu 3. fıkra hükmüne²¹, özellikle Çevre Kanunu'nda yer verildiği bilinmektedir. Anayasa Mahkemesi kararına göre; Yasa'nın değiştirilen 10. maddesinde belirtilen çevresel etki değerlendirme, aynı Yasa'nın değiştirilen 2. maddesine göre gerçekleştirilmesi plânlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkilerinin belirlenmesinde, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesinde ve projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmaları ifade etmektedir.

Karara göre; günümüzde çevrenin kirlendikten veya bozulduktan sonra eski hale getirilmesinin çok külfetli olması, hatta kimi durumlarda olanaksız bulunması nedeniyle, kirlenen çevreyi temizleme veya bozulan çevreyi onarma yerine, olumsuz etkileri baştan önlemenin yöntemleri aranmaktadır. ÇED, kalkınma ve ekonomik gelişme için yapılacak yatırım ve faaliyetlerin, doğayı tahrip etmeden ve çevreyi kirlilemeden gerçekleştirilmesinde kullanılan yöntemlerden birisidir. ÇED ile korunmaya çalışılan temel unsur, çevre ve bu çevre içerisindeki varlıklardır.

Anayasa Mahkemesine göre, ÇED kapsamı dışında tutulan maden arama faaliyetlerinin²², biyolojik çeşitlilik üzerinde ya da doğada değişiklikler meydana getirebileceği, bu değişikliklerin uzun dönemli etkilerinin olabileceği, bu nedenle çevre için riskler taşıdığı açıktır. Bu açıdan kural kapsamındaki

²⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı, 15.01.2009 tarih ve E: 2006/99, K: 2009/9. RG. 08.07.2009 tarih ve 27282 sayı.

²¹ Söz konusu hükme daha önce ÇED Yönetmeliği'nde yer verilmesine rağmen, üst bir hukuki norm olarak Çevre Kanunu'nda düzenlenmiştir.

²² Maden arama faaliyetleri Maden Kanunu Uygulama Yönetmeliğinin 13 üncü maddesinin birinci fıkrasında sayılmaktadır. Buna göre; II. Grup, III. Grup ve IV. Grup madenler için arama faaliyetleri, "jeolojik prospeksiyon, topografik ve jeoloji haritaları ile kesit çalışmaları, jeofizik araştırmalar, numune alımı, sondaj, yarma, galeri ve kuyu açma, uzaktan algılama, uydu fotoğrafları" dır.

arama faaliyetinde, mevcut risklerin ortadan kaldırılabilmesi ve önlenbilmesi için ÇED'in öngörülmesi, Anayasa'nın 56. maddesinde Devlete verilen çevrenin korunması yükümlülüğünün bir gereğidir. İptale konu hükümle, petrol, jeotermal kaynaklar ve maden arama faaliyetlerinin çevresel etki değerlendirilmesi kapsamı dışında tutulması Anayasa'nın 56. maddesine aykırılık oluşturmuştur. Bu nedenlerle Anayasa Mahkemesi Çevre Kanunu'nun 10. maddesinin 3. fıkrasındaki hükmü iptal etmiştir.

Esasen maden arama faaliyetlerine, ilk kez 23 Haziran 1997 günlü Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin ÇED Ön Araştırması Uygulanacak Faaliyetler Listesinin (EK II) 18. maddesinde²³ yer verilmiştir. Söz konusu hükmün iptali istemiyle açılan davada Danıştay; maden rezervinin ortaya çıkarılması amacıyla yapılacak olan arama faaliyetleri sırasında maden arama alanı olan arazilerin tahrip olduğunu, rezervin ekonomik olmadığı durumlarda yeterli rehabilite yapılmadan arazilerin terk edildiğinin bilinen bir gerçek olduğunu vurgulamıştır. Yüksek Mahkemeye göre bu durumda, çevreye yapılabilecek tüm etkilerin göz önünde bulundurularak çevre kirlenmesine sebep olabilecek atık ve artıkların zararsız hale getirilmesi ve bu hususta önlemler alınması amacıyla doğada tahribatlar yapabileceği açık olan maden arama faaliyetinin, Çevresel Etki Değerlendirmesi Uygulanacak Ön Araştırma listesine dahil edilmesinde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmamaktadır²⁴.

Söz konusu kararında Danıştay, doğrudan Anayasa'nın 56. ve Çevre Kanunu'nun amaç maddesine dayanmış, çevre hakkına geniş bir bakış açısı ile yaklaşmış ve çevreye yapılabilecek tüm etkileri göz önünde bulundurmuştur. Bu Danıştay kararına rağmen, maden arama faaliyetlerini ÇED kapsamı dışında tutmayı öngören düzenleme, yasa hükmü olarak getirilmiş ve anılan yargı kararı bertaraf edilmek istenmiştir. Bu durum "hukuk devleti" ilkelerine açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Yasama Organınca, Çevre Kanunu'nun 10. maddesinin 3. fıkrası ile getirilen söz konusu hüküm, yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi Kararıyla ve aynı gerekçeyle iptal edilmiştir. İptal kararı

²³ Bu maddede belirtilen arama faaliyetleri dışındaki diğer faaliyetler, bundan önceki ÇED Yönetmeliğinde de Ön ÇED kapsamında değerlendirilmiş ve uygulamada da herhangi bir sorunla karşılaşılmamıştır. Ancak, madencilik çalışmalarında rezervi ortaya çıkarmak amacıyla yapılan arama faaliyetleri esnasında mevcut topografyada büyük tahribatların yapıldığı, rezervin ekonomik olmadığı hallerde mevcut durumun rehabilite edilmeden arazinin terk edildiği düşünülerek arama faaliyetleri ÇED Yönetmeliği kapsamına alınmıştır.

²⁴ Danıştay 6. D. Kararı, 19.11.1998. tarih, E.1997/4496, K.1998/5631. Anılan kararın temyizi üzerine, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu E. 1999/272, K. 1999/704 sayılı Kararı ile onamıştır.

üzerine, ÇED Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik²⁵ ile 2008 tarihli ÇED Yönetmeliği'nin Ek-II'sinde düzenlenen Seçme Eleme Kriterleri Uygulanacak Projeler Listesinin 47. maddesinden sonra gelmek üzere 48. madde eklenmiştir. Anılan maddeyle getirilen ölçütlerle maden arama, jeotermal arama ile petrol ve doğalgaz arama faaliyetleri ÇED kapsamına alınmıştır. Ancak bu eklemeler olmasına rağmen madencilik faaliyetlerinde 25 hektardan geniş bir alanı kapsayan projeler doğrudan ÇED sürecine tabi olduğundan, maden sahası 25 hektardan küçük alanlara bölünerek, her bir alan için ayrı işletme izni alınmakta ve ÇED Yönetmeliğinin Ek-II listesine girdiğinden bahisle seçme eleme kriterine tabi olması sağlanmaktadır. Madencilik faaliyetlerinde, 25 hektardan küçük bir alandaki faaliyet tamamlanınca, işletme ruhsatı sahasının 25 hektardan küçük bir başka alanı için işletme izni talep edilmektedir. Bu tür bir faaliyet, kapasite genişletme anlamına gelmediğinden dolayı, "seçme, eleme kriterleri uygulanması" yöntemine tabi tutulmaktadır. Bu nedenle, büyük bir alanı kapsayacak madencilik faaliyetinin tümü ÇED sürecine tabi olmasına rağmen, çevreye olan kümülatif etkisinin değerlendirilememesi sonucu doğmaktadır. Bu durumda, ÇED ile amaçlanan hedef gerçekleştirilemeyecek ve önemli çevre sorunları oluşabilecektir.

Diğer taraftan, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 7. maddesinin 1. fıkrasında, orman, muhafaza ormanı, ağaçlandırma alanları, kara avcılığı alanları, özel koruma bölgeleri, milli parklar, tabiat parkları, tabiat anıtı, tabiatı koruma alanı, tarım, mera, sit alanları, su havzaları, kıyı alanları ve sahil şeritleri, karasuları, turizm bölgeleri, alanları ve merkezleri ile kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri, askerî yasak bölgeler ve imar alanları ile mücavir alanlarda madencilik yapılmasına izin verilerek, bu yerlerde yapılacak madencilik faaliyetlerinin çevresel etki değerlendirmesi ve gayri sıhhi müesseseler ile ilgili hususlar dahil olmak üzere hangi esaslara göre yürütüleceğinin ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm ile madencilik faaliyetleri ÇED kapsamı dışına çıkarılmak istenmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesine göre; Anayasa'nın 168. maddesi uyarınca, tabii servet ve kaynaklarla ilgili gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken usul ve esasların yasayla düzenlenmesi zorunludur. Bununla birlikte, kıyılarından ve sahil şeritlerinden yararlanma imkân ve şartları ile tarih, kültür ve tabiat varlıkları ve değerlerinden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamaların da Anayasa'ya uygun ol-

²⁵ RG. 19.12.2009 tarih ve 27347 sayı.

mak koşuluyla yasayla düzenlenmesi Anayasa'nın 43. ve 63. maddelerinin gereği olarak görülmüştür. Anayasa Mahkemesi²⁶ belirtilen yerlerdeki madencilik faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin esasların yasada düzenlenmesi gerekirken, iptali istenen kural ile bu hususlara ilişkin düzenlemenin Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmasını Anayasa'nın 43. 63. ve 168. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

Esasen madencilik faaliyetlerinin ÇED sürecine tabi olmadan işletmeye geçmesine ilişkin bir hukuki uyumsuzluk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de önüne gelmiştir. Söz konusu davada, madencilik faaliyeti sahibinin eski bir izne dayanarak yaptığı başvuru sonrasında, ÇED sürecinin işletilmemesi sonucunda verilen kararda²⁷; süreç sonucunda izin verilmeden önce çevre üzerindeki etkilerin değerlendirilmesine ilişkin kriterleri belirten ve üye ülkelerin bu hususu sağlamak amacıyla gerekli tüm önlemleri alması gerektiğini öngören ÇED Direktifine atıfta bulunulmuştur. Kararda, söz konusu Direktifin 2. maddesinin 1. fıkrası ile Ek-I ve Ek-II'de yer alan projeler bakımından uygulanacak sürece ilişkin ayrımı düzenleyen 4. maddenin 2. fıkrası uyarınca madencilik faaliyetlerine izin verilmeden önce yetkili otoritece, madencilik faaliyetlerinin çevresel etkilerinin değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

4-ÇED Kapsamında Bulunan Faaliyetler

Bütün faaliyetlerin ÇED kapsamında olup olmadığı Yönetmelik ile belirlenen bir husustur. Çevre Kanunu'nun 10. maddesinin son fıkrası, hangi faaliyetlerin ÇED'e tabi olacağını Yönetmelik ile belirleneceğini hükme bağlamıştır. Yönetmeliğin eklerinde ÇED'e tabi projeler yer almakta olup, Ek-1'de "Çevresel Etki Değerlendirmesi Uygulanacak Projeler Listesi",²⁸ Ek-2'de ise "Seçme Eleme Kriterleri Uygulanacak projeler Listesi"²⁹ düzenlenmiştir.

²⁶ Anayasa Mahkemesi K. 15.01.2009 tarih ve E.2004/70, K.2009/7. R.G. 11.06.2009 tarih -27255 sayı.

²⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı. 07.01.2004 tarih ve C-201/02 sayı. http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN (Erişim tarihi 07.07.2011)

²⁸ Ek 1 listesinde yer alan projeler, enerji santralleri (termik, hidroelektrik, nükleer), otoyollar, demiryolu, havaalanı gibi ulaştırma faaliyetleri, kimya, demir-çelik, makine imalatı, tekstil, gıda orman ürünleri gibi büyük endüstri tesisleri, madencilik ve tehlikeli atıkların bertarafı gibi büyük ölçekli yani çevresel etkileri önemli olan projelerdir.

²⁹ Ek 2 listesinde yer alan projeler, Ek1 listesindeki projelerle aynı türde ancak daha küçük ölçekli projelerdir. Bu projeler için kapsamlı bir ÇED çalışması yapılmasına gerek olup olmadığı, projenin ölçeği dışındaki özelliklerine ve projenin etkileyeceği çevrenin özelliklerine bağlıdır. Bu hususlar Yönetmeliğin Ek 4'ünde verilen seçme-eleme kriterlerine göre belirlenmektedir.

Ek-I kapsamındaki projeler, ÇED Raporu hazırlanması gereken projelerdir. Proje sahibi, Yönetmeliğin Ek-3’nde verilen Genel Format kapsamında başvuru yapmak zorundadır. Ek-2 kapsamındaki projeler ise Yönetmelik kapsamı dışında olan ve mevcut durumlarında değişiklik yapılmak istenen projelerdir. Bunlar, ÇED Raporu hazırlanmasının gerekip gerekmediğine karar vermek üzere seçme-eleme sürecine tabi olan projelerdir.

Diğer taraftan, Yönetmelik geçici madde ile kapsam dışında kalacak projeleri de düzenlemiştir. Söz konusu geçici maddeye göre; “ 7/2/1993 tarihli ve 21489 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinden önce uygulama projeleri onaylanmış veya çevre mevzuatı ve ilgili diğer mevzuat uyarınca yetkili mercilerden izin, ruhsat veya onay ya da kamulaştırma kararı alınmış veya yatırım programına alınmış veya mevzi imar planları onaylanmış projelere veya bu tarihten önce üretim ve/veya işletmeye başladığı belgelenen projelere Çevre Kanunu ve ilgili diğer yönetmeliklerde alınması gereken izinler saklı kalmak kaydıyla bu Yönetmelik hükümleri uygulanmaz.”

Öncelikle belirtmeli ki, 1993 yılında yürürlüğe giren ilk ÇED Yönetmeliğinden beri bütün Yönetmeliklerde yer alan ve kapsam dışı projeleri düzenleyen hükmün çevrenin korunmasına hizmet etmediği açıktır ve hukuken tartışılması gerekmektedir.

1993 yılından beri bütün ÇED yönetmeliklerinde yer verilen bu hükme göre maddede düzenlenen projeler, çevre mevzuatı ve ilgili diğer mevzuatta öngörülen izinler alınmak şartıyla 07.02.1993 tarihinden önce maddede sayılan koşullardan birinin gerçekleşmiş olması halinde ÇED uygulamasından muaf olacaktır. Anılan hükmün iptali talebiyle açılan davada Danıştay, Anayasa’nın 56. maddesine, Çevre Kanunu’nun 2. maddesinde düzenlenen “Sürdürülebilir Çevre” ilkesine ve 10. maddede düzenlenen ÇED hükmüne dayanarak geçici maddenin yürütülmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Danıştay, söz konusu geçici maddeye 1993 tarihli ilk ÇED Yönetmeliği’nden beri yer verildiğini vurgulayarak, 1983 yılında yürürlüğe giren 2872 sayılı Çevre Kanunu’ndan sonra yapılan ilk düzenleme olması, diğer bir ifadeyle daha önce bu konuda çıkarılmış bir düzenleme olmaması nedeniyle ÇED Raporu hazırlanmadan uygulanmasına başlanmış faaliyet ve yatırımların Yönetmelik kapsamı dışında bırakıldığını ifade etmiştir. Danıştay’a göre, bu geçici maddenin bir istisna hükmü olarak daha sonra yapılan Yönetmelik değişiklik-

lerinde de yer verilmesi uygun değildir. Yüksek Mahkeme, dava konusu ÇED Yönetmeliği'nin 14. maddesinin 3. fıkrasında “Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu Kararı” verilen proje için 7 yıl içerisinde yatırıma başlanılmaması durumunda “ÇED Olumlu Kararı”nın geçersiz sayılacağı, 17. maddesinin 3. fıkrasında ise “ÇED Gerekli Değildir Kararı” verilen projenin 5 yıl içerisinde başlanılmaması durumunda bu kararın geçersiz sayılacağı kuralının düzenlendiğini belirtmiştir. Danıştay’a göre³⁰; ÇED süreci izlenilmesi zorunlu olan projeler yönünden dahi anılan maddelerde yatırıma başlanılması için belirli bir süre öngörülmekte iken, 07.02.1993 tarihinden önce uygulama projeleri onaylanmış ve çevre mevzuatı ile diğer ilgili mevzuat uyarınca yetkili mercilerden izin, onay, ruhsat ya da kamulaştırma kararı alınmış veya yatırım programına alınmış veya mevzii imar planları onaylanmış projelere, yatırıma başlanması için belirli bir süre öngörülmeksizin aradan geçen bunca zamana rağmen ÇED sürecinden muafiyet sağlayan düzenleme, çevrenin korunması açısından hukuka uygun değildir³¹.

Yukarıda belirtilen Danıştay Yürütmeyi Durdurma Kararının ardından Bakanlık söz konusu geçici maddeyi aşağıdaki biçimde yeniden³² düzenlemiştir. Buna göre;

“ 7/2/1993 tarihli ve 21489 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinden önce;

a) Üretime ve/veya işletmeye başladığı belgelenen projelere,

b) Uygulama projeleri onaylanmış veya çevre mevzuatı ve ilgili diğer mevzuat uyarınca yetkili mercilerden izin, ruhsat veya onay ya da kamulaştırma kararı alınmış veya yatırım programına alınmış veya mevzii imar planları onaylanmış projelerden

1) Bu Yönetmeliğin EK-I Listesinde yer alan projeler için 17/7/2015 tarihine,

2) EK-II Listesinde yer alan projeler için 17/7/2013 tarihine kadar yatırımına başlanmış projelere,

³⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı, 07.10.2010 tarih ve YD itiraz No: 2010/605.

³¹ Ancak daha önce anılan hükmün yer aldığı 2003 tarihli ÇED Yönetmeliği'nin Geçici 3. maddesinin iptali istemi ile açılan davada, Danıştay iptal istemini reddetmiştir Danıştay 6. D. 31.10.2007 tarih ve E.2005/4294, K.2007/5926.

³² RG. 27.04.2011 tarih ve 27905 sayı.

Çevre Kanunu ve ilgili diğer yönetmeliklerde alınması gereken izinler saklı kalmak kaydıyla bu Yönetmelik hükümleri uygulanmaz.”

Esasen bu maddenin 1993 yılında ilk ÇED Yönetmeliği'nde geçici bir hüküm olarak düzenlediğine dikkat etmek gerekir. 1993 yılından bu yana 20 yıla yakın bir süre geçmiş olduğu göz önüne alınırsa, bu maddenin geçicilik özelliğinin kalmadığı düşünülmektedir. Bu nedenle, idare tarafından yürürlüğe giren bütün ÇED Yönetmeliklerinde düzenlenmesinin ve geçici maddeye kalıcılık özelliğinin verilmesinin gerekçesi anlaşılammamaktadır. Danıştay bu hususa dikkat çekerek ilk ÇED yönetmeliğinde geçici bir hüküm olarak düzenlenmesini doğru bulmakta, ancak daha sonraki ÇED Yönetmeliklerinde aynı geçici hükme yer verilmesini uygun bulmamaktadır³³.

5- ÇED ve Halkın Katılımı

Halkın katılımı, ÇED'e tabi faaliyet hakkında ulaşılmaması beklenen amaç ve hedeflerin belirlenerek, bu hedeflere ulaşmak için katılımı gerekli olan veya katılmaya istekli olan kişi ya da gruplara projeye ilişkin görüş ve bilgilerin verilmesi amacıyla düzenlenecek halkın katılımı toplantısına ilişkin süreci ifade etmektedir. Bu süreç, ÇED'in başarıya ulaşmasında çok önemlidir. Faaliyetin etkileyeceği alandaki yöre halkının, faaliyet konusunda görüşlerinin ve rızalarının alınması, yöre halkının temsilcilerine ve ilgili gruplara proje dokümanlarının sağlanması gerekmektedir. ÇED sürecine etkin halk katılımı, ancak demokratik koşullarda mümkün olabilir. Bu nedenle ÇED sürecinde, halkın katılımının sağlanması ve halka bilgi verilmesi aşamalarında yöre belediyelerine önemli görevler düşmektedir.

Çevresel Etki Değerlendirmesinin biyolojik, ekolojik, kimyasal, fiziksel ve mühendislik boyutundan başka sosyal ve ekonomik boyutlarının da bulunduğu kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra demokratik işleyişe dayanan ÇED uygulamasında halkın katılımının etkinliği ÇED'i başarıya ulaştırabileceği gibi, yerel demokrasinin gelişmesine de katkıda bulunacaktır.

AB mevzuatına uyum faaliyetleri çerçevesinde, 2008 tarihli ÇED Yönetmeliği ile AB ÇED Direktifi göz önüne alınarak halkın bilgilendirilmesi konusunun güçlendirildiğini görmekteyiz. Bu kapsamda 2008 Yönetmeliği'nde,

³³ Kararda; “ÇED Olumlu Kararı” ve “ÇED Gerekli Değildir Kararı” verilen projelere dahi belli bir yatırıma başlama süresi öngörüldüğü vurgulanarak, esasen bu geçici 3. madde için de belli bir süre öngörülmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak bu süre elbette 1993 tarihli ilk Yönetmelikte düzenlenmeliydi. 2011 yılında bu sürelerin verilmesinin artık bir anlamı olmadığı gibi, çevrenin korunmasına hizmet etmeyeceği ve hukuka uygun olmadığı da açıktır.

Bakanlık bünyesinde oluşturulan İnceleme Değerlendirme Komisyonu tarafından nihai hale getirilen ÇED Raporunun halkın görüşüne açılmasına, halk ve ilgili halk tanımlarının getirilmesine, Ek-I ve Ek-II Listelerinde eşik değerlerin Direktif ekleri ile uyumlaştırılmasına ilişkin hükümler yer almıştır.

2008 Yönetmeliği'ne yeni eklenen “halk”, “ilgili halk” ve “halkın katılımı toplantısı” tanımları, halkın katılımı konusuna özel bir önem verildiğini göstermektedir. Yönetmelikte halk tanımı, “*Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları, Türkiye’de ikamet eden yabancılar ile ulusal mevzuat çerçevesinde bir veya daha fazla tüzel kişi veya bu tüzel kişilerin birlik, organizasyon veya grupları*” şeklinde yabancıları ve tüzel kişileri kapsayacak bir biçimde yer almıştır. İlgili halk³⁴ ise, “*Gerçekleştirilmesi planlanan projeden etkilenen veya etkilenmesi muhtemel olan halk*” olarak tanımlanmıştır.

2008 düzenlemesinde Halkın Katılımı Toplantısına ilişkin ilanın yayımlanma süresi öne çekilerek, “*Proje sahibi, toplantı tarihini, saatini, yerini ve konusunu belirten bir ilanı ulusal düzeyde yayımlanan bir gazete ile o yörede yayımlanan yerel bir gazetede toplantı tarihinden en az on gün önce yayımlanır*” hükmü getirilmiştir. Bu sayede halkın daha erken haberdar edilmesinin amaçlandığı söylenebilir. Yönetmelikte proje ile ilgili inceleme değerlendirme sürecinin başladığının halka duyurulması için kullanılacak yöntemler anons, askıda ilan ve internet şeklinde örnek olarak belirtilmiştir³⁵.

6- ÇED Sürecinde Yetkili ve Görevli İdare

ÇED sürecinde kapsam belirleme, nihai değerlendirme ve karar verme aşamaları dahil olmak üzere sorumlu idare Çevre ve Şehircilik Bakanlığıdır. 644 sayılı “Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin görevler başlıklı 2. maddesinin (c) bendi uyarınca; “*Faaliyetleri sonucu alıcı ortamlara katı, sıvı ve gaz halde atık bırakarak kirlilik oluşturan veya oluşturması muhtemel her türlü tesis ve faaliyetin, çevresel etkilerini değerlendirmek*” yetki ve görevi Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na aittir. Bakanlığın bu görevi yerine getirmek üzere ana hizmet birimleri içerisinde yer alan Çevresel Etki Değerlendirmesi, İzin ve Denetim Genel Müdürlüğü³⁶ kurulmuştur.

³⁴ Önceki Yönetmelikte ilgili halk yerine yöre halkı kavramı kullanılmıştır. Bu açıdan, etkilenen veya etkilenmesi muhtemel olan halk tanımı yöre halkı tanımından daha kapsamlı olduğundan daha geniş bir halk katılımının amaçlandığı düşünülebilir.

³⁵ AB’nde de halkın bilgilendirilmesinin basın ve internet yoluyla yerine getirilebileceği düzenlenmiştir.

³⁶ KHK’nın 9. maddesinde düzenlenen bu Genel Müdürlüğün görevleri arasında; Çevresel

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ÇED sürecinin gerektirdiği çeşitli aşamalardan sorumludur. Askeri projelerle ilgili Çevresel Etki Değerlendirmesi uygulamaları da, ilgili kurumun görüşü alınarak anılan Bakanlık tarafından belirlenmektedir. ÇED Yönetmeliğinin “yetki” başlıklı 5. maddesine göre; Yönetmeliğe tabi projeler hakkında “Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu”, “Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumsuz”, “Çevresel Etki Değerlendirmesi Gereklidir” veya “Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir” kararlarını verme yetkisi Bakanlığa aittir. Ancak Bakanlık gerekli gördüğü durumlarda “Çevresel Etki Değerlendirmesi Gereklidir” veya “Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir” kararının verilmesi konusundaki yetkisini, sınırlarını belirleyerek Valiliklere devredebilir.

Yukarıda adı geçen kararların verilmesi önemli bir yetki olarak mevzuatta yerini almıştır. Zira ÇED Yönetmeliğine tabi projeler için “Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu” kararı veya “Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir” kararı alınmadıkça bu projelere hiç bir teşvik, onay, izin, yapı ve kullanım ruhsatı verilemez, proje için yatırıma başlanamaz ve ihale edilemez. Bu ilke ve kural gereğince ÇED Olumlu Kararı ve ÇED Gerekli Değildir Kararı, bütün teşvik, onay, izin ve ruhsat veren kamu kurumlarını ilgilendirmektedir. Bu Yönetmelik uyarınca getirilen çevresel etki değerlendirme uygulaması, henüz planlama aşamasında ve ilgili diğer mevzuat uyarınca alınması gereken izinler alınmadan önce gerçekleştirilmelidir. ÇED sürecinde, faaliyetin belirtilen yerde gerçekleştirilmesinde çevrenin korunması anlamında bir sakınca bulunup bulunmadığı değerlendirilmektedir. Bu değerlendirme sonrasında faaliyetin öngörülen alanda yapılmasında çevre değerlerinin korunması anlamında bir sakınca bulunmadığına karar verilmesi durumunda, proje sahibinin yatırıma başlayabilmesi için, ilgili mevzuatla öngörülen diğer izinleri de alması gerekmektedir.

Başka bir ifadeyle, çevresel etki değerlendirme uygulaması sonucunda verilen ÇED Olumlu kararı ve ÇED Gerekli Değildir kararı, tek başına faaliyetin gerçekleştirilmesine olanak sağlayan bir işlem değildir. Gerçekleştirilmesi planlanan faaliyetin olumsuz çevresel etkilerinin bulunmadığı yönündeki bilimsel değerlendirmeyi içeren bu işlem, diğer izinlerin verilebilmesinin ön koşuludur. Faaliyetin öngörülen alanda gerçekleştirilmesinin ilgili mevzuat uyarınca yasak olması durumunda, ÇED Olumlu kararı ya da ÇED Gerekli Değildir kararı alınmış olsa dahi faaliyete izin verilmeyeceği açıktır.

etki değerlendirme ve stratejik çevresel değerlendirme çalışmalarını yapmak ve bu konuda gerekli kararları almak, izlemek ve denetlemek yer almaktadır.

ÇED'in bir projeye karar verme sürecinin en erken aşamasında uygulanmasının çevre koruma açısından önemi tartışılmaz. ÇED'in projeye ilişkin stratejik ve önemli kararlar (diğer kamu kurumlarının kararları) verildikten sonra yapılması, ÇED'in amacına aykırı düşmekte ve idari, siyasi ve hukuki sorunlara neden olabilmektedir. Zira, diğer kamu kurumlarından izin, onay, ruhsat gibi kararların alınması ya da ihaleye çıkılması, ülkemizde zaman, para ve emek gerektiren bir süreçtir. Bu sürecin sonucunda yatırımcı veya faaliyet sahibi, kamu kurumlarından aldığı böyle bir kararın ardından ÇED sürecine başladığında bir an önce sonuca ulaşmak için idari ve siyasi baskılarda bulunabilmekte ve ÇED'e ilişkin kararı verecek idareyi zor durumda bırakabilmektedir. Bu nedenle daha önce bir Yönetmelik hükmü olan ve diğer kamu kurumlarını çok fazla bağlamayan söz konusu madde, 2006 yılında Çevre Kanunu'nda yapılan değişiklikle, yasa hükmü haline getirilmiş ve diğer kamu kurumlarına yol gösteren bağlayıcı bir kurala dönüştürülmüştür. Diğer taraftan Çevre Kanunu'nda bu hükme yer verilmiş olsa bile, bunun yeterli olmadığı ve ÇED'in izin, onay, ruhsat vermeyi düzenleyen (örneğin İmar Kanunu gibi) kanunlara işlenmesinin uygun olacağı önerilmektedir³⁷. Esasen bazı Kanunlarda buna benzer hükümlere yer verildiğini görmekteyiz. Örneğin, 4734 sayılı "Kamu İhale Kanunu"nun³⁸ 5. maddesinin 6. fıkrası, ilgili mevzuat gereği Çevresel Etki Değerlendirme Raporu gerekli olan işlerde, ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmasını zorunlu kılmıştır. Ancak, doğal afetlere bağlı olarak ihale edilecek yapım işlerinde ÇED Raporu aranmayacaktır.

ÇED sürecinde Çevre ve Şehircilik Bakanlığı haricinde ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının sorumlulukları nedir? Anılan Bakanlık, kendi bünyesinde Bakanlık yetkilileri, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının temsilcileri ile faaliyet sahibinden oluşmak üzere İnceleme Değerlendirme Komisyonunu kurmakla görevlidir. Söz konusu Komisyon, proje için verilecek özel formatın kapsamını, kriterlerini belirlemek ve bu ilkeler doğrultusunda hazırlanan Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporunu inceleyip değerlendirmek üzere oluşturulmaktadır. Komisyon toplantılarına gerekli görülürse, projenin konusu, türü ve proje için belirlenen yerin özellikleri de dikkate alınarak üniversiteler, enstitüler, araştırma kuruluşları, meslek odaları, sendikalar, birlikler, sivil toplum kuruluşları temsilcileri de üye olarak çağrılabilir. ÇED sürecinde

³⁷ 1. Ulusal ÇED Çalıştay, Sonuçlar Kitapçığı, s.39.

³⁸ RG. 22.01.2002 tarih ve 24648 sayı.

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı dışında, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Ulaştırma Bakanlığı ve Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ve bu bakanlıkların bağlı kuruluşları önemli rol oynamaktadırlar³⁹. Söz konusu kurum ve kuruluşlar ÇED Olumlu/ÇED Gerekli Değildir Kararı verilen projelerde, alan koordinatlarını dikkate alarak izin, onay ve/veya ruhsat işlemlerini değerlendirmelidir⁴⁰. İnceleme- Değerlendirme Komisyonu üyesi olan kurum ve kuruluşların kurum adına verdikleri görüşlerin tam ve açık olarak belirlenmesi, gerçekleştirilmesi planlanan projenin ilgili kurum/kuruluşların mevzuatı uyarınca yapılmasının uygun olup olmadığı, uygun ise hangi şartlara göre faaliyetin gerçekleştirilebileceği, hangi önlem ve taahhütlerin alınması gerektiği konularında açıklık getirilmelidir.

Diğer taraftan Komisyon üyelerinin, Komisyon faaliyetleri sırasında verdikleri görüşlerin, temsil ettikleri kurum ve kuruluşların görüşünü yansıtması gerektiği açıktır. Esasen Komisyon üyelerinin değerlendirme yaparken deneyim ve liyakat sahibi olmaları gerektiğinin önemi açıktır. Bilindiği üzere ÇED Raporu ve Proje Tanıtım Dosyası hazırlayan ÇED firmalarının yeterliliği aranmakta⁴¹, ancak inceleyip değerlendiren üyelerde yeterlik şartı aranmamaktadır. Bu çelişkinin giderilmesi için, İnceleme Değerlendirme Komisyonu üyesi olan kamu kurum ve kuruluş temsilcilerinde de yeterlik şartı aranması⁴² önerilmektedir.

Yukarıda belirtilen kurum ve kuruluşların ÇED sürecinde yetkileri olsa bile, nihai karar Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilmektedir. Bakanlık dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarının ÇED konusunda karar verme yetkisi var mıdır? İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin bağlı kuruluşu olan İSKİ Genel Müdürlüğü, ÇED konusunda yetkili olduğunu düşünerek, kendi yetki alanı sınırlarında uygulanmak üzere bir ÇED Yönetmeliği çıkarmıştır. Bu düzenleme sonucunda, Çevre Bakanlığı ile İSKİ Genel Müdürlüğü arasında yetki çatışması yaşanmış ve uyuşmazlık doğmuştur.

2560 sayılı İSKİ Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinin (c) bendi uyarınca İSKİ, bölge içindeki su kay-

³⁹ Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) El Kitabı, s. 30.

⁴⁰ 1. Ulusal ÇED Çalıştayı, s.39.

⁴¹ Bu hususta Yeterlilik Tebliği yürürlüktedir.

⁴² 1. Ulusal ÇED Çalıştayı, s. 38.

naklarının kullanılmış sularla ve endüstri atıkları ile kirletilmesini, bu kaynaklarda suların kaybına veya azaltılmasına yol açacak tesis kurulmasını ve bu tür faaliyetlerde bulunulmasını önlemek, bu konuda her türlü teknik, idari ve hukuki tedbiri almakla yetkili kılınmıştır. Genel Müdürlükçe hazırlanan “İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği”⁴³ yukarıda belirtilen hükme ve aynı Kanunun 20. maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Çevre Bakanlığı bu durum üzerine harekete geçmiş ve 2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğünün Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un, ÇED konusunda İSKİ Genel Müdürlüğüne yetki vermediği gerekçesine dayanarak, söz konusu Yönetmeliğin iptali talebiyle dava açmıştır. Bu davada mahkeme tarafından; Çevre Bakanlığınca ülke düzeyinde uygulanmak üzere genel nitelikli ÇED Yönetmeliği çıkarıldığı, 2560 sayılı İSKİ Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’da açıkça çevresel etki mekanizması öngörülmemiş olmakla birlikte, Anayasa ve 2560 sayılı Kanun’un ilgili hükümlerinin verdiği yetkiye dayanılarak böyle bir mekanizmanın uygulamaya geçirilebileceğinin tabii olduğu ifade edilmiştir. Mahkemece, dava konusu Yönetmeliğin özel nitelikli olduğu ve İSKİ’nin görev alanına münhasır olarak düzenlendiği, bu Yönetmeliğin yürürlükte bulunan ve Çevre Bakanlığınca yürütülen ÇED Yönetmeliğinin yürürlüğüne herhangi bir etkide bulunmadığı göz önüne alındığında her iki Yönetmeliğin yürürlükte olmasının kargaşaya yol açacağı ve hukuk birliğinden uzaklaşılması sonucunu doğuracağı iddialarının, davanın esasına etki edebilecek nitelikte olmadığı gerekçelerine dayanarak davanın reddine karar verilmiştir⁴⁴. Kararın temyizi üzerine Danıştay; 2560 sayılı Yasanın 2/c maddesi ile İSKİ Genel Müdürlüğü’ne ÇED Yönetmeliği çıkarma yetkisi verilmediğini, 20/1 maddesinde ise yalnızca kanalizasyon şebekesine verilmesi sakıncalı maddeler ile

⁴³ Yönetmelik 17 Eylül 1993 tarihli Milli Gazetede yayımlanmıştır. 3011 sayılı (R.G. 01.06.1984 tarih ve 18418 sayı) “Resmi Gazetede Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun” un 2. maddesinde yer alan “Mahalli İdarelerce düzenlenen ve bu idarelerin yetki ve görev alanlarına giren yönetmelikler, mahallinde çıkan gazete veya diğer yayın yolları ile ilan olunur” hükmü uyarınca söz konusu yönetmelik Resmi Gazetede yayımlanmamıştır. Ancak kanımızca, Mahalli İdarelerin özellikle Büyükşehir Belediyelerinin yetki alanlarının genişliği ve yaptıkları hizmete ilişkin görevlerinin önemi ve diğer kurum ve kuruluşlarla olan ilişkileri, yetki çatışmaları başta olmak üzere bazı sorunların doğabileceği hususları göz önüne alındığında, bu idarelerce hazırlanan Yönetmeliklerin herkesin bilgi sahibi olmasını sağlamak ve yetki çatışmalarını önlemek bakımından Resmi Gazetede yayımlanmasında ve yayımlanmadan önce Başbakanlığa sunulmasında yarar bulunmaktadır.

⁴⁴ İstanbul 6. İdare Mahkemesi K. 28.4.2000 tarih ve E.1998/687, K.2000/410.

içme suyu alınan havzaların korunması amacıyla davalı idareye Yönetmelik çıkarma yetkisinin verildiğini hükme bağlamıştır. Danıştay, yasal dayanağı bulunmayan dava konusu ÇED Yönetmeliğinin iptali gerekirken, davanın reddine ilişkin idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmediğinden, ilk derece Mahkemesi'nin kararının bozulmasına⁴⁵ karar vermiştir⁴⁶.

Danıştay tarafından verilen bozma kararı üzerine yeniden yapılan yargılama sonucunda, dava konusu Yönetmeliğin iptaline karar⁴⁷ verilmiştir.

Yüksek Mahkemeye göre; Anayasanın 124. maddesi ile kamu tüzel kişilerine ancak kanunlarla kendilerine verilen görevler çerçevesinde, kanunların uygulanmasını sağlamak amacıyla Yönetmelik çıkarma yetkisi verilebilecektir. Yoksa her kurum kendi teşkilat yasasında yer almadığı ve yasal olarak yetki verilmediği halde, görevi olmayan konularda, Anayasanın 124. maddesine dayanarak Yönetmelik çıkarma hak ve yetkisini kendinde bulabilecektir.

ÇED sürecini gerçekleştirecek kamu kurumunun, ÇED Raporlarını incelemek ve ÇED olumlu veya olumsuz kararını vermek yetkisini haiz olması gerektiği çok açıktır. Ancak 2560 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (c) bendi ile İSKİ Genel Müdürlüğüne bu yetki verilmemiştir. Su kaynaklarının korunmasına yönelik olarak düzenlenmiş genel bir yetki maddesine dayanılarak bu tür görevin yürütülmesi ve buna ilişkin bir Yönetmeliğin hazırlanması mümkün değildir. Söz konusu görev, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 10. maddesi ve Teşkilat Kanunu uyarınca Çevre Bakanlığına aittir.

Ayrıca İSKİ Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan ÇED Yönetmeliğinde, faaliyetler sadece su kaynaklarının, deniz, göl, akarsu kıyılarının ve yer altı sularının korunabilmesi amacıyla ÇED'e tabi tutulmuştur. Ancak ÇED'in amacı sadece su kaynaklarının değil, fiziksel, biyolojik, sosyal ve ekonomik boyutları ile tüm çevrenin korunmasını sağlamaktır. Bu nedenle tüm ülkede uygulanacak geniş kapsamlı olarak yapılan bir çalışmanın, sadece belli bir bölgedeki su kaynaklarını korumak amacıyla bölgesel bir kuruluş tarafından yürütülmesi mümkün değildir. Böyle bir durumun kabul edilmesi halinde, İSKİ Kanunu'nun Ek 5. maddesinde yer alan; *"Bu Kanun diğer büyükşehir*

⁴⁵ Danıştay 8. Dairesi K. 02.05.2001 tarih ve E.2000/4696, K.2001/2030.

⁴⁶ Davalı idare bu karara karşı karar düzeltme yoluna başvurmuş, ancak bu talep, Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Danıştay 8. Dairesi K. 23.5.2002 tarih ve E.2001/3710, K.2002/3014.

⁴⁷ İstanbul 6. İdare Mahkemesi K. 30.9.2002 tarih ve E.2002/1065, K.2002/1068.

belediyelerinde de uygulanır” hükmü gereğince tüm büyükşehir belediyelerinin aynı gerekçe ile bu görevi yürütmeleri gibi bir sonuçla karşılaşılacaktır ki, bu durum uygulamada birlikteliği ortadan kaldıracak, değişik düzenlemelere ve kurallara göre farklı kararların verilmesine ve eşit olmayan uygulamaların ortaya çıkmasına neden olabilecektir.

644 sayılı KHK ile yeni kurulan Çevre ve Şehircilik Bakanlığı’na ÇED konusunda bazı yeni görevler verildiğini görmekteyiz. Teşkilat Yasasının “Mesleki Hizmetler Genel Müdürlüğü” başlıklı 12. maddesinde yer verilen; “çevresel etki değerlendirilmesi iş ve işlemlerinde görev alanların niteliklerine, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin esasları belirlemek, mesleki yeterlikleri ile kuruluş yeterliklerini değerlendirerek bunlara belge verilmesini ve kayıtlarının tutulmasını sağlamak” ile “çevresel etki değerlendirmesi raporu hazırlanmasında, görev alacak elemanları eğitmek ve mesleki yetkinliği artırmak” görevlerinin açıklığa kavuşturulması önemlidir. Kanaatimizce yeni düzenleme ÇED Raporunu hazırlayanların niteliklerinin geliştirilmesi ve eğitilmesini Bakanlığın sorumluluğuna vermek suretiyle, ÇED Raporlarının daha iyi hazırlanmasını öngörmektedir.

7- ÇED Sürecinde Yer Seçimi ve İlgili İdarelerin Rolü

ÇED sürecinin en önemli kararlarından birinin, projenin yapılacağı yere ilişkin “yer seçimi kararı” olduğu düşünülmektedir. Ancak 2008 Yönetmeliği’nde yer seçimine ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, Yönetmeliğin eklerinde yere ilişkin değerlendirmelerin yapılacağı vurgulanmaktadır.

1993 tarihli ilk ÇED Yönetmeliğinin 7. maddesinde; ÇED Raporlarında, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarından alınan, planlanan faaliyetin yeri hakkında ilgili mevzuat gereğince bir engel bulunmadığını belirten belgenin bulunması şartı aranmaktaydı. 1997 tarihli ikinci ÇED Yönetmeliğinde, Yönetmeliğe tabi bir faaliyetin sahibinin, faaliyetle ilgili proje özeti, faaliyet için önerilen yer veya yerlerin mülkiyetine ilişkin belge, imar veya vaziyet planı ile varsa faaliyeti tanıttıcı sair belgelerle birlikte faaliyetin gerçekleştirileceği ilin valiliğine⁴⁸ başvuracağı ve Valiliğin planlanan faaliyetin yeri hakkında mevzuat açısından bir engel bulunup bulunmadığını, ilgili kamu kurum ve ku-

⁴⁸ Valilik bu araştırma sırasında gerekli görürse uzman kişilerden bir komisyon oluşturarak görevlendirebilirdi. Maddeye göre her ilin Valiliği faaliyetin kendi sınırları içinde gerçekleştirilecek yeri hakkında araştırmayı yapmayı öngörüyordu.

ruluşları nezdinde taşra teşkilatı aracılığı ile araştıracağı öngörülmekteydi.⁴⁹ Ancak 2002, 2003 ve 2008 tarihli Yönetmeliklerde yer seçimine ilişkin söz konusu hükümlere yer verilmediği ve bu nedenle sorunların yaşandığı yargı kararları ile saptanmıştır. Söz konusu Yönetmeliklerde faaliyetin yerine ilişkin hükümler bulunmamasına karşın yargı kararlarında yerinde inceleme yapılmasının önemi üzerinde durulmuş ve dava konusu işlemler iptal edilmiştir⁵⁰. Bu kapsamda, 1993 tarihli Yönetmeliğin Ek-II'sinde "Hassas Yörelere" listesinin düzenlendiği göz önüne alınarak, böyle bir düzenlemenin Yönetmeliğin bütünü içerisinde önemi vurgulanmalıdır. Zira, Yönetmelikte, planlanan faaliyet "Hassas Yörelere" bölgelerinden birinde ise "ÇED Ön Araştırması Uygulanacak Faaliyetler" listesinde olsa dahi doğrudan ÇED sürecine tabi olacağı öngörülmekteydi.

2008 Yönetmeliğinde Ek-I projeleri için, Ek- III'de düzenlenen "ÇED Genel Formatı" içerisinde yer alan, "Proje yeri ve etki alanının mevcut çevresel özellikleri" başlığı altında; önerilen proje nedeniyle kirlenmesi muhtemel olan çevrenin; nüfus, fauna, flora, jeolojik ve hidrojeolojik özellikler, doğal afet durumu, toprak, su, hava, (atmosferik koşullar) iklimsel faktörler, mülkiyet durumu, mimari ve arkeolojik miras, peyzaj özellikleri, arazi kullanım durumu, hassasiyet derecesi (EK-V deki Duyarlı Yörelere listesi de dikkate alınarak) ve yukarıdaki faktörlerin birbiri arasındaki ilişkileri de içerek şekilde açıklanması istenmektedir.

Ek-II projeleri için ise "Proje Tanıtım Dosyasının Hazırlanmasında Esas Alınacak Seçme Eleme Kriterleri" (Ek-IV) kapsamında "projenin yeri" başlığı altında, mevcut arazi kullanımı ve kalitesi (tarım alanı, orman alanı, planlı alan, su yüzeyi ve benzeri) ile EK-V deki Duyarlı Yörelere listesi dikkate alınarak; sulak alanlar, kıyı kesimleri, dağlık ve ormanlık alanlar, tarım alanları, milli parklar, özel koruma alanları, nüfusça yoğun alanlar, tarihsel, kültürel, arkeolojik ve benzeri önemi olan alanlar, erozyon alanları, heyelan alanları, ağaçlandırılmış alanlar, potansiyel erozyon ve ağaçlandırma alanları ile 16/12/1960 tarihli ve 167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanun gereğince korunması gereken akiferler göz önünde bulundurulacaktır.

⁴⁹ Bu Yönetmelikte ayrıca Komisyon üyelerinin komisyonun ilk toplantısını takiben, faaliyetin gerçekleştirilmesi planlanan yerde topluca veya görevlendirecekleri üyeler aracılığıyla incelemelerde bulunacaklarına ilişkin hükme yer verilmiştir.

⁵⁰ Örn. Bursa 2. İdare Mahkemesi K. 13.03.2008 tarih, E.2007/1050 ve K.2008/275, (Danıştay 6. Dairesi'nin 10/11/2008 tarihli, E.2008/4951, K.2008/7570 sayılı kararıyla onanmıştır.) Bursa 1. İdare Mahkemesi K. 14.07.2008 tarihli, E.2007/914 ve K.2008/797. (Danıştay 6. Dairesinin 07.07.2009 tarihli, E. 2009/436 ve K.2009/7910 sayılı kararıyla onanmıştır.)

Ancak Yönetmeliğin Ek II Listesine tabi bir faaliyet hakkında “ÇED Gerekli Değildir” kararı verilmesi sürecinde İl Müdürlüklerinin ve diğer kurum ve kuruluşların görüşlerine başvurmadan inceleme yaparak karar vermesi mümkündür. Bunun yanı sıra Yönetmeliğin 16. maddesine göre Bakanlık eğer “*gerek görürse*” proje alanını yerinde inceleyecektir. Görüldüğü üzere bu hükümler projenin yapılacağı yere ilişkin doğabilecek sorunları engellemeye uygun değildir. Bu nedenle Yönetmeliğin Ek-II listesinde düzenlenmiş olan ve çevreyi etkileyecek bir faaliyet ile ilgili yapılacak inceleme ve değerlendirme aşamasında, eşgüdüm ve işbirliğiyle ilgili kurumların bilgi edinmelerini ve katılımlarını sağlayacak, “*yer uygunluk*” belgesinin sürecin başında alınmasını sağlayacak değişikliklerin yapılmasının zorunlu olduğu⁵¹ aksi halde yere ilişkin sorunların ve uyuşmazlıkların artacağı ve çevre korumaya uygun olmadığı düşünülmektedir. Nitekim aşağıda örnek olarak verilen uyuşmazlıklar, ÇED sürecinde yer seçiminin önemini göstermektedir. Anılan davaların irdelenmesi sonucunda, ÇED sürecinde, Bakanlık tarafından “ÇED Gerekli Değildir” kararı verilmeden önce yapılan inceleme ve değerlendirmeler sırasında diğer kamu kurumlarından özellikle faaliyetin yerine ilişkin görüş alınmadığı anlaşılmıştır. Bilindiği üzere projenin teknik özellikleri ve uygulanacak teknik prosedür ÇED’e ilişkin son kararı verecek olan idarenin yetkisi içerisinde olmakla birlikte, diğer kamu kurumlarının görüşleri faaliyetin yapılacağı yere ilişkin bir engel olup olmadığına ilişkindir. Bu nedenle bu görüşlerin alınması önem arz etmekte olup, alınmaması durumunda uyuşmazlıklar doğabilmektedir.

Örneğin, Çevre ve Orman Bakanlığınca “ÇED Gerekli Değildir” kararı alınan, Adıyaman İli, Çelikhane İlçesi, Çampınar Köyünde bulunan maden işletme alanındaki faaliyetlerin DSİ Genel Müdürlüğü’nün olumlu görüşü ve Malatya Belediye Başkanlığının izni alınıncaya kadar durdurulması yönünde tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan davada, Adıyaman İl Özel İdaresi tarafından II. sınıf gayrisihhi müessese kapsamında İşyeri Açma ve Çalıştırma Ruhsatı verilen maden sahasının, Malatya İli başta olmak üzere, iki ilçe ve dokuz beldede yaşayan yaklaşık 600.000 kişinin ihtiyacını karşılayan içme suyu kaynağının uzak mesafe koruma alanı içinde bulunduğu anlaşılmıştır⁵².

Diğer bir uyuşmazlıkta da, işletilmesi planlanan kil ocağı projesine Çevre ve Orman Bakanlığınca verilen “ÇED Gerekli Değildir” kararının iptali

⁵¹ ŞİMŞEK, s.11.

⁵² Şanlıurfa İdare Mahkemesi K., E.2009/94, K.2009/1927.

istemiyle açılan davanın görülmesi sırasında, proje sahasının ilgili Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulunca 1. derece doğal sit ilan edildiği belirtilmiştir⁵³.

Bursa Orhangazi İlçesi Fındıklı Köyü, Bostanyeri Mevkiindeki 180,67 hektarlık işletme ruhsatlı alanın 9.9 hektarlık kısmındaki kalsit ocağı ve kırma eleme tesisi için “ÇED Gerekli Değildir” kararının iptali istemiyle açılan davada Mahkeme, planlanan tesisin proje alanının ÇED Yönetmeliğinin Ek-V listesinde sayılan “duyarlı yöreler” arasında yer almasına karşın, Yönetmeliğin 16. maddesi uyarınca proje alanında herhangi bir inceleme yapılmaksızın proje tanıtım dosyası üzerinden “ÇED Gerekli Değildir” kararının alındığı, bu durumda işletilmesi düşünülen tesisin ormanlık alana, özellikle su kaynaklarına ve genel olarak çevreye verebileceği olumsuz etkilerin proje alanında yeterince incelenip araştırılmadan Çevre ve Orman Bakanlığınca verilen “ÇED Gerekli Değildir” kararında çevre mevzuatına ve hukuka uyarlık bulunmadığı, ayrıca “ÇED Gerekli Değildir” kararı verilen alanın 1/100.000 ölçekli Bursa Çevre Düzeni Planı içerisinde yer aldığı, plan hükümlerinde bu bölgenin tamamının su koruma havzalarında kaldığı, “ÇED Gerekli Değildir” kararının çevre düzeni planı hükümleri dikkate alınmadan verildiği kararına ulaşmıştır⁵⁴. Çevre ve Orman Bakanlığının yetkisinde bulunan Çevre Düzeni Planına aykırı olarak “ÇED Gerekli Değildir” kararının verilmesi, Bakanlığın kendi bünyesinde dahi gerekli araştırmayı yapmadığını göstermektedir. Bu davalar, yukarıda vurguladığımız üzere, ÇED Yönetmeliğinde faaliyetin yerinin seçimine ilişkin emredici bir hükmün bulunmamasının eksiklik olduğu, sadece eklerde yer alan düzenlemelerin yeterli olmadığı görüşümüzü teyit etmektedir.

8-ÇED’in İzlenmesi ve Denetimi İle İdari Yaptırımlar

ÇED sürecinin son aşaması, “Yatırımın İzlenmesi ve Kontrol Edilmesi” aşamasıdır. Bu aşamada, “ÇED Olumlu Kararı” ya da ÇED Gerekli Değildir” kararı verilmiş faaliyet sahiplerinin taahhütlerine uyup uymadıklarının izlenip, denetlenmesi gerekmektedir. Bu aşama kanımızca ÇED’in amacına ulaşması için en önemli aşamasıdır. Ancak uygulamada bu aşamanın amacına uygun biçimde yerine getirildiğini söylemek güçtür. Ülkemiz uygulamasında, “ÇED Olumlu Kararı” işlemiyle, projeye çevre açısından genel bir izin veril-

⁵³ Gaziantep 2. İdare Mahkemesi K., E.2008/363, K.2009/1162.

⁵⁴ Bursa 1. İdare Mahkemesi K. 23.10.2008 tarih ve E.2008/160, K.2008/1025.

diği, hatta projenin çevreye uygunluk açısından aklandığı anlamında bir kanaatin oluştuğu gözlenmektedir. Ancak bu idari işlem, çevre açısından alınması gereken diğer izinlerin ortadan kalkmasını veya alınmamasını gerektiren bir sonuç doğurmamaktadır.

İzleme ve denetim aşaması, hem kararın verilmesinden itibaren belirli bir sürede faaliyete başlanıp başlanmadığını, hem de projenin inşaat, işletme ve sona erdirmeye çalışmalarında, belirtilen tedbirlere uygunluğun sağlanıp sağlanmadığını tespit etmeye ilişkindir. Denetimin bir diğer hedefi ise daha önce öngörülme-ye etkilerin ortaya çıkması durumunda, gerekli tedbirlerin alınmasının sağlanmasıdır⁵⁵. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın yeni yapılanmasında, ÇED ile izin ve denetim konusu aynı genel müdürlük⁵⁶ altında birleştirilmiştir. Bu nedenle ÇED süreci sonucunda taahhüt edilen hususların, daha ciddiyetle takip edileceği beklenmektedir.

ÇED Raporu veya proje tanıtım dosyasında faaliyet sahibinin taahhütlerini yerine getirip getirmediğini izleme ve denetleme görevi, Yönetmeliğin 18. maddesine göre Çevre ve Şehircilik Bakanlığındadır. Bakanlık bu görevi yerine getirirken, gerekli görmesi durumunda ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapacaktır. Yönetmeliğe göre; proje sahibi veya yetkili temsilcisi, “Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu” veya “Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekliliği Değildir” kararını aldıktan sonra yatırımın başlangıç, inşaat, işletme ve işletme sonrası dönemlerine ilişkin izleme raporlarını Bakanlığa veya Valiliğe iletmekle yükümlüdür⁵⁷.

Çevresel Etki Değerlendirmesi incelemesi yapılmaksızın başlanan faaliyetler Bakanlık, proje tanıtım dosyası hazırlanmaksızın başlanan faaliyetler ise mahallin en büyük mülki amiri tarafından süre verilmeksizin durdurulur. “Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu” ya da “Çevresel Etki Değerlendir-

⁵⁵ YILMAZ, s.135

⁵⁶ Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında KHK'nın 9. maddesinde düzenlenen Çevresel Etki Değerlendirmesi, İzin ve Denetim Genel Müdürlüğü.

⁵⁷ 18 Aralık 2009 tarihli ve 27436 sayılı Resmî Gazete yayımlanarak yürürlüğe giren “Yeterlik Belgesi Tebliği”nin 9. maddesinin 4. fıkrasına göre; ÇED Olumlu Kararı verilen projelerle ilgili proje sahibi, bu Tebliğ kapsamında yetkilendirilmiş kurum/kuruluşlardan herhangi birine, yatırımın başlangıç ve inşaat dönemlerinde belirtilen taahhütlerin yerine getirilip getirilmediğini, yatırımın işletmeye geçişine kadar proje sahasına giderek, yerinde izleme kontrolünü yaptırmakla yükümlüdür. Madde- nin 5. fıkrasına göre; ÇED Raporlarında Verilen Taahhütlere Ait Yatırımın İnşaat Dönemi İzleme-Kontrol Formunda belirtilen hususların, Nihai ÇED Raporundaki taahhütlerle ve proje alanındaki verilerle uyumu zorunludur.

mesi Gerekli Değildir” kararı alınmadıkça yatırıma ilişkin durdurma kararı kaldırılmaz. Çevre Kanunu’nun ilgili hükümlerine göre işlem tesis edilir.

Bütün ÇED Yönetmeliklerinde benzer bir hüküm bulunmasına rağmen zaman zaman kısmi ÇED affına benzer hükümlerin getirilmek istenmiştir. Çevre Kanunu’nda 2006 yılında yapılan değişikliğe ilişkin yeni düzenlemede⁵⁸ geçici bir madde ile Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği hükümlerine tâbi olduğu halde, yükümlülüklerini yerine getirmeyenlerden, halihazırda yer seçimi uygun olanların, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde, ilgili yönetmelikler çerçevesinde gerekli yükümlülüklerini yerine getirdiklerini gösterir çevresel durum değerlendirme raporunu hazırlayarak Bakanlığa sunacağı hükme bağlanmıştır. Yürürlükteki mevzuat uyarınca yer seçimi uygun olmayan faaliyetler için ise ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanması esas kılınmıştır. Böylelikle 2006 yılına kadar ÇED’e tabi olduğu halde yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere af niteliğinde bir hak verilmiştir.

ÇED Yönetmeliğine göre; “Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu” kararı ya da “Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir” kararı verildikten sonra, proje sahibi tarafından nihai Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu veya proje tanıtım dosyasında taahhüt edilen hususlara uyulmadığının tespit edilmesi durumunda söz konusu taahhütlere uyulması için Bakanlıkça/Valilikçe projeye ilişkin bir defaya mahsus olmak üzere süre verilebilir. Bu süre sonunda taahhüt edilen hususlara uyulmaz ise yatırım durdurulur. Yükümlülükler yerine getirilmedikçe durdurma kararı kaldırılmaz. Çevre Kanunu’nun ilgili hükümlerine göre işlem tesis edilir. Çevre Kanunu’nun 20. maddesinin (e) bendine göre; “Çevresel Etki Değerlendirmesi sürecine başlamadan veya bu süreci tamamlamadan inşaatla başlayan ya da faaliyete geçene, yapılan proje bedelinin yüzde ikisi oranında idarî para cezası verilir. Cezaya konu olan durumlarda yatırımcı faaliyet alanını eski hale getirmekle yükümlüdür.

Çevresel Etki Değerlendirmesi sürecinde verdikleri taahhütnameye aykırı davrananlara, her bir ihlal için 10.000 Türk Lirası idarî para cezası verilir.”

ÇED’in izlenmesinin ve denetlenmesinin belli başlı hedefleri olduğu bilinmektedir. Bu hedefler; taahhütlerin doğruluğunu kontrol etmek ve yerine getirilip getirilmediğini ve gerekçelerini araştırmak ve bu sayede daha sonra yapılacak ÇED çalışmalarında kullanılan metotların gelişmesini sağlamaktır.

⁵⁸ Çevre Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG.13.05.2006 tarih ve 26167 sayı.

Bu çerçevede çevreye olabilecek etkileri azaltmak için alınan tedbirlerin değerlendirilmesi gerçekleştirilerek, yetkili otoritenin karar verme aşamasında etkin ve verimli hareket etmesi sağlanabilecektir. Bu hususta vurgulanması gereken nokta, denetimin mevzuata uygun biçimde ve belli aralıklarla yapılmasıdır. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta⁵⁹; “...*firma yetkilisinin ifadesine göre doldurulduğu ileri sürülen denetim formuna istinaden davacı şirket adına idari para cezası uygulanmış ise de, firma yetkilisinin adı, soyadı ve imzasına denetim formunda yer verilmediği, davacının çalışma saatleri, patlatma günleri, üretim kapasitesi ile ilgili taahhütlerine uygun davranmadığı hususlarının da yapılan tek bir denetimle tespit edilemeyeceği açık olduğundan dava konusu işlemden hukuka uyarlık bulunmamaktadır.*” kararı verilmiştir. Bu karardan anlaşılmaktadır ki; yargı organı ÇED taahhütlerine uyulup uyulmadığına ilişkin denetimin, idare tarafından ciddiye alınıp sürekli ve etkin biçimde yapılmasını istemektedir.

Bir başka uyuşmazlıkta ise Mahkeme; ilgiliye para cezası verilebilmesi ve faaliyetin durdurulması için, ilgilinin ÇED gerektiren projeye ya da faaliyete başlaması başka bir ifadeyle sistemin çalışmaya başlaması gerektiği, ÇED gerektiren projeye ait makine ve ekipmanın kurulmasının faaliyette bulunulduğu anlamına gelmediği, makine ve ekipman kurulduktan sonra sistemin aktif bir şekilde çalıştırılması yani faaliyete geçirilmesi gerektiği belirtilerek, davacının yürüteceği faaliyet için ÇED başvuru dosyası hazırladığı, süreç devam ederken makine ve ekipmanların montajını yaptığı, sistemin kurulmasının faaliyete başlama anlamına gelmediği, davacının makine ve ekipmanları kurduktan sonra ÇED süreci tamamlanmadan faaliyette bulunduğuna ilişkin belirleme ve tespit yapılmadığı, dolayısıyla davacının, ÇED süreci tamamlanmadan faaliyette bulunma fiilini işlemediği görüldüğünden aksi yönde tesis edilen işlemde hukuka uygunluk bulunmamıştır⁶⁰.

Çevre Kanunu'nun 26. maddesinde “Adli nitelikte cezalar” başlığı altında, Kanunun 12. maddesine göre bildirim ve bilgi verme yükümlülüğüne aykırı olarak yanlış ve yanıltıcı bilgi vermekle, Kanunun uygulanmasında yanlış ve yanıltıcı belge düzenlemek ve kullanmak suç olarak öngörülmüştür. Bu maddeye göre yargıya intikal eden çevresel etki değerlendirmesine ilişkin ihtilaflarda çevresel etki değerlendirmesi sürecinin yargılama sonuna kadar duracağı hükmü getirilmiştir.

⁵⁹ Kocaeli İdare Mahkemesi K., 30.05.2008 tarih ve E. 2006/3343, K.2008/747.

⁶⁰ İstanbul 4. İdare Mahkemesi K., 11.11.2010 tarih ve E.2009/1968, K.2010/2219.

Çevre Kanunu'ndaki idari yaptırım kararlarını verme yetkisi Çevre ve Şehircilik Bakanlığına ait olmakla beraber, bu yetki, denetim yetkisinin devredildiği kurum ve merciler tarafından da kullanılabilir. Kanunda öngörülen idarî yaptırım kararları Bakanlık merkez teşkilâtında genel müdürler, taşra teşkilâtında il müdürlerince verilmekte olup, idarî yaptırımların uygulanmasını gerektiren fiillerle ilgili olarak yetkili denetleme elemanlarınca bir tutanak tanzim edilmektedir. İdarî yaptırım kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde idare mahkemesinde dava açılabilir. Ancak dava açmış olmak idarece verilen cezanın tahsilini durdurmaz.

ÇED'ne ilişkin kararlarda ise Çevre Kanunu'nda ayrı bir süre öngörülmemiş olması nedeniyle ÇED süreci sonucunda tesis edilen kararlara karşı, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinde belirtilen 60 günlük dava açma süresi geçerlidir. Bu sürenin ne zaman başlayacağı hususunu ÇED Yönetmeliği'nin ilgili hükümlerine göre belirlemek gerekmektedir. Yönetmelikte, Bakanlık tarafından verilen "Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu" ya da "Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumsuz" kararının proje sahibine ve ilgili kurum ve kuruluşlara yazılı olarak bildirmesi, Valiliğin ise, alınan kararın içeriğini, karara esas gerekçelerini ve halkın görüş ve önerilerinin nihai Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporuna yansıtıldığını uygun araçlarla halka duyurması öngörülmüştür. "Çevresel Etki Değerlendirmesi Gereklidir" veya "Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir" kararları ise Bakanlık tarafından Valiliğe ve proje sahibine bildirilecek ve Valilik bu kararı halka duyuracaktır. Bu çerçevede söz konusu kararların bildirim ve halka duyurulma tarihlerini izleyen günden itibaren 60 gün içerisinde idari yargıda dava açılması gerekmektedir. Burada tartışılması gereken ve uyuşmazlık konusu olan husus, "halka duyurmaya" ilişkin işlemdir. Yönetmelikte halka duyurulması öngörülen kararların, halka nasıl ve hangi uygun araçlarla duyurulacağı açık bir hükümle düzenlenmemiştir. ÇED Yönetmeliği'nin Ek-I listesinde düzenlenen ve ÇED sürecine tabi bulunan projelere ilişkin olarak halkın bir çok aşamada bilgilendirilmesinin mümkün olmasına karşın, Ek-II listesinde yer alan seçme eleme kriterlerine tabi faaliyetler açısından bu süreç işlememektedir. Burada vurgulanması gereken husus, idare tarafından "ÇED Olumlu Kararının" ve "ÇED Gerekli Değildir Kararının" diğer kararlara göre oransal olarak daha çok verildiği ve bu nedenle yatırımcıdan (proje sahibi) daha çok yöre halkını ve sivil toplum kuruluşlarını ilgilendirdiği ve uyuşmazlık olarak yargıya taşındığı bilinmektedir. Yargının ÇED konusunda önemle üzerinde durduğu husus

ise, ÇED sürecinde halkın bilgilendirilmesinin ve kararların halka duyurulmasının usulüne göre yapılıp yapılmadığıdır. Bir diğer önem verdiği konu ise ÇED Raporlarının teknik olarak doğru ve her şeyi kapsayacak şekilde hazırlanıp hazırlanmadığına ilişkindir. Bu çerçevede ÇED kararlarının halka duyurulması, dava açma süresi açısından uyuşmazlık konusu olmuştur. Örneğin, 24.07.2006 tarihinde verilen ve son ilan tarihi 12.08.2006 olan “ÇED Gerekli Değildir Kararının” iptali talebiyle açılan davada, “... *dava konusu işlemlerle ilgili davacıya herhangi bir tebligat yapılmamış olması nedeniyle, davacının işlemi öğrendiğini belirttiği tarih esas alınarak*” idarenin süreye ilişkin itirazı yerinde görülmemiş ve işin esası incelenmiştir⁶¹. Bir diğer uyuşmazlıkta, 04.08.2006 tarihinde verilen ve son ilan tarihi 06.10.2006 olan “ÇED Olumlu Kararının” iptali istemiyle 18.06.2007 tarihinde açılan davada⁶², idarenin dava açma süresine ilişkin itirazı yerinde görülmemiş ve işin esası incelenmiştir. Adana ili Yumurtalık ilçesinde yapılan Sugözü Termik Santrali hakkında Çevre Bakanlığı tarafından verilen ÇED Olumlu Kararının iptali talebiyle açılan davada, davacılar tarafından dava konusu işlemin gazete haberlerinden öğrenildiği tarih belirtilmiş, idare ise davacı tarafından ifade edilen tarihten çok önceki tarihli gazete haberlerinde davacı derneğin başkanının dava konusu santral hakkındaki beyanlarını gösteren gazete kupürleri savunmada sunulmuş, ancak bu itiraz, dava konusu kararla ilgili olarak davacılar herhangi bir tebligat yapılmamış olması nedeniyle ve davacılar tarafından öğrenme tarihi olarak gösterilen tarihe göre davanın süresi içerisinde açıldığı gerekçesiyle yerinde görülmemiştir⁶³.

Ancak aksi yönde bir kararda, ÇED Olumlu Kararının, ilan tarihini izleyen 60 gün içinde dava konusu edilmesi gerekirken bu süre geçtikten çok sonra açılan davanın süre aşımı yönünden reddine karar verilirken, “*idari yargılama usulünde süre unsurunun yargı yerince davanın her aşamasında re’sen dikkate alınacak bir husus olduğu, bu yolla idari işlemlerin belirli bir zaman diliminde dava konusu edilebilmesinin, bu surette doğurduğu hukuki etkinin askıda geçerlilik özelliğini dava açma süresiyle sınırlandırıp, sürenin dolmasından sonra bu işlemin sürekli dava tehdidi altında tutulmamasının amaçlandığı ve davaya konu kararın ilan tutanağıyla halka duyurulduğu*” gerekçesine dayanılmıştır. Kararda ayrıca; “... *dava konusu işlemin tüm ilgililere ayrı ayrı*

⁶¹ Bursa 2. İdare Mahkemesi K. 13.03.2008 tarih ve E.2007/1050, K.2008/275.

⁶² Muğla 4. İdare Mahkemesi K. 12.11.2008 tarihli, E.2007/1357, K.2008/2039.

⁶³ Adana 1. İdare Mahkemesi K. 31.03.2003 tarih ve E.2001/518, K.2003/346.

bildiriminin zaruri olan bir nitelik taşımadığı, ancak bu durumun da işlemin herhangi bir tarihte öğrenildiğinden bahisle ilanihaye dava edilebilir olduğu anlamına gelmediği, ÇED Olumlu kararının genel düzenleyici bir işlem olmadığı, olur verdiği projenin uygulamaya geçmesini sağlayıcı sonuçlar içerdiği” ifade edilmiştir⁶⁴. Farklı sonuçları içeren söz konusu uyuşmazlıklar sonucunda, yargının ÇED’e ilişkin kararlara karşı açılacak idari davalarda, dava açma süresi konusunda farklı değerlendirmelerde bulunduğu gözlenmektedir.

8-Avrupa Birliği ÇED Direktifi (EIA)

Haziran 1985 tarihli ve 85/337/EEC sayılı Çevresel Etki Değerlendirmesi Direktifi⁶⁵ AET Antlaşması’nın 100. ve 235. maddelerine dayanarak hazırlanmış olup, yatırıma onay verilmeden önce ulusal otoriteler tarafından çevre üzerinde etkileri olabilecek belli projelere uygulanan bir değerlendirme olarak uygulamaya girmiştir. ÇED Direktifi, çevre üzerinde önemli etkilere sebep olabilecek projelerin söz konusu etkilerinin değerlendirilmesine ilişkin genel ilkeler öngörmektedir. Bu değerlendirme yapılırken Direktif ekinde yer alan listelerdeki faaliyetler göz önüne alınmaktadır. Bu kapsamda, çevre üzerinde önemli etkileri olduğu düşünülen ve sistematik bir değerlendirme yapılması gerektiği öngörülen projeler, Direktifin Ek-I’inde listelenmiştir. Diğeri ise, çevre üzerinde önemli etkileri olacağı kesin olarak belirlenemeyen ve Ek-II’de yer alan projelerdir. Ek-II’de yer alan projelerin değerlendirilmesi ya her bir proje için yetkili otoritelerce yapılmakta ya da üye ülkelerce tespit edilecek eşikler ve kriterler⁶⁶ baz alınarak yapılmaktadır. Ek-I’de ÇED’e tabi projeler dokuz başlık⁶⁷ olarak yer almıştır. Ek-II’deki listede ise sektörel gruplandırma yer almıştır. Bu sektörler; tarım, madencilik, enerji, maden işleme, cam imalatı, kimya sanayi, gıda sanayi, tekstil, deri, ağaç ve kağıt sanayi, kauçuk sanayi, alt yapı projeleri ve diğer projelerdir.

⁶⁴ Manisa İdare Mahkemesi K. 13.01.2009 tarih ve E.2008/1728, K.2009/18.

⁶⁵ Council Directive of 27 June 1985 on the Assessment of the Effects of Certain Public and Private Projects on the Environment, 85/337/EEC, OJL 175, 05/07/1985. <http://ec.europa.eu/environment/eia/full-legal-text/85337.htm> (Erişim tarihi 07.07.2011)

⁶⁶ Regional Environmental Center, 2008, s. 51.

⁶⁷ Bunlar; ham petrol rafineleri, termik enerji santralleri ve diğer yakma tesisleri, nükleer enerji santralleri ve diğer nükleer reaktörler, sürekli olarak radyoaktif atık depolayan ve bertaraf eden tesisler, demir ve çeliğin başlangıç ergitilmesi için entegre döküm tesisleri, asbestin çıkarılması, işlenmesi, dönüştürülmesi için kurulmuş tesisler ile asbest içeren ürünlere ilişkin tesisler, kimyasal tesisler, otoyollar, ekpres yolları, uzun mesafe raylı trafik yolları, basit uçak pistleri bulunan havaalanları, ticaret limanları, yurt içi su yolları için limanlar ve yurt içi su yolları ile atık bertaraf tesisleri ve tehlikeli atıkların kimyasal işlem gördüğü tesislerdir.

Direktif, 1997, 2003 ve 2009 yıllarında olmak üzere üç kez değiştirilmiştir. 1997 değişikliği (97/11/EC) ile Direktifin Ek-I'i ve Ek-II'sindeki listelerin kapsamı genişletilmiş ve sınır aşan bir durum olduğunda Espoo Sözleşmesi⁶⁸ ile bağlantı kurulması sağlanmıştır. Bu değişiklik ile ayrıca Ek-II projeleri için Ek-III'e yeni eleme kriterleri öngörülmüş ve minimum bilgilendirme düzenlemeleri getirilmiştir. 2003 değişikliği (2003/35/EC) ile Direktif, Aarhus Sözleşmesi'nin⁶⁹ halkın katılımı hükümleri ile uyumlu hale getirilmiştir. 2009/31/EC değişikliğinde ise, karbondioksiti tutan ve depolayan ulaştırma ilgili projeler, Direktifin Ek-I ve Ek-II'sine eklenmiştir⁷⁰.

Direktife göre ÇED gereğince, bir projenin insanlar, flora ve fauna, toprak, su, hava, iklim ve peyzaj, maddi varlıklar ve kültürel değerler üzerindeki doğrudan ve dolaylı etkileri tanımlanmak zorundadır.

ÇED Direktifi AB çevre mevzuatı içerisinde önemli bir düzenleme olarak kabul edilmekle birlikte, Direktif bazı hususların eksikliği nedeniyle eleştirilmektedir. Örneğin ÇED Raporlarının daha iyi hazırlanması, daha iyi alternatiflerin sunulması ile izleme ve denetlemenin geliştirilmesi bu eleştirilerin başında gelmektedir⁷¹.

SONUÇ: Sürdürülebilir Kalkınma amacının gerçekleştirilmesi yolunda çevre yönetiminde üretilen en önemli araç hiç kuşkusuz Çevresel Etki Değerlendirmesidir. ÇED'in projelere uygulanan, sayısal ve genelde yerel ölçekte sınırlı kalan bir etki değerlendirmesi olduğu kabul edilmekle birlikte, tüm gelişmiş ülkelerde uygulanan bir yöntem ve çevre hukuku ilkelerinin (önleme, işbirliği ve eşgüdüm, katılım, entegrasyon, ihtiyat ilkeleri) hayata geçirilebildiği bir araçtır. Ülkemizde 1993 tarihinde yürürlüğe giren ÇED Yönetmeliği ile birlikte, ÇED ile ilgili uygulamalar yaklaşık 20 yıldır sürdürülmektedir. Önemi herkes tarafından kabul edilen ÇED Yönetmeliği, bu süre içerisinde kamuoyunda en çok tartışılan, en çok uyuşmazlık konusu olan çevreye ilişkin düzenleme olarak da dikkat çekmektedir. Bu uyuşmazlıklar sonucunda verilen yargı kararlarının çevre hukukunun gelişimine katkısı bü-

⁶⁸ Espoo Sözleşmesi; Sınırşan Çevresel Etki Değerlendirmesi Sözleşmesidir.

⁶⁹ Aarhus Sözleşmesi; Çevresel Konularda Bilgiye Erişim, Çevresel Karar Verme Sürecine Halkın Katılımı ve Yarıya Başvuru" Sözleşmesidir.

⁷⁰ Environmental Impact Assessment Of Projects Rulings Of The Court Justice, European Commission, http://ec.europa.eu/environment/eia/pdf/eia_case_law.pdf erişim tarihi (16.06.2011)

⁷¹ WOOD, s.50.

yüktür. Pek çok sektörü, kamu kurum ve kuruluşunu ve kişiyi ilgilendiren ÇED sisteminde başarılı olunup olunmadığının tespitini yapmak çok güçtür. Ancak istenen performansa ulaşıldığını söylemek, çalışmamızda açıklanan sorunlar ve yargı kararlarına bakıldığında mümkün görünmemektedir. Bu kadar çok paydaşı olan ve entegre bir yaklaşım sergilenmesi gereken bir süreci doğru yönetmenin önemi ve zorluğu ortadadır. Bu açıdan kurumsallaşmasını henüz tamamlayamamış olan Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın ÇED uygulamalarındaki sorumluluğu ve kapasitesi üzerinde de önemle durulması ve geliştirilmesi gerekmektedir. ÇED sürecinde elde edilen sonuçlar, faaliyet ile ilgili tüm karar verme aşamalarında göz önüne alınmalı ve böylece ÇED gerçek amacına ulaşmalıdır. Ayrıca bu süreçte ilgili tarafların katılımı yoluyla elde edilen görüş ve bilgilerin de değerlendirilebilmesine olanak tanınmalıdır. Bu değerlendirmeler yargı aşamasında da çok önem taşımaktadır. Diğer taraftan ÇED davalarında, teknik uyumsuzluk konularının çözümünde önemli rol oynayan bilirkişilik kurumunun, uzmanlaşmış ve objektif davranabilen bir sistemi oluşturması zorunluluk haline gelmiştir.

KAYNAKÇA

Birinci Ulusal ÇED Çalıştayı, Sonuçlar Kitapçığı, Çevre ve Orman Bakanlığı ÇED ve Planlama Genel Müdürlüğü, 25-27 Şubat 2009.

Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) El Kitabı, T.C. Çevre ve Orman Bakanlığı Çevresel Etki Değerlendirmesi ve Planlama Genel Müdürlüğü, Ocak 2009.

Environmental Impact Assessment Of Projects Rulings Of The Court Justice, European Commission, http://ec.europa.eu/environment/eia/pdf/eia_case_law.pdf erişim tarihi (16.06.2011)

GLASSON, John, THERIVEL, Riki, CHADWICK, Andrew, *Introduction To Environmental Impact Assessment*, England, Routledge, 2005.

KARAMAN, Zerrin Toprak, "Sosyo Ekonomik Çevre ve Çevresel Etki Değerlendirmesi" *Türk İdare Dergisi*, Sa.410, Mart 1996.

KARATAŞ, A.- ÖZKURT, Ş., Çevresel Etki Değerlendirme “ÇED”, ISBN 975-96176-1-7. Ankara, 2002.

LAWRENCE, P. David, Environmental Impact Assessment Practical Solutions to Recurrent Problems, USA, Wiley Interscience, 2003.

Regional Environmental Center, Handbook on The Implementation of EC Environmental Legislation, 2008.

ŞİMŞEK, Tacettin, “Çevresel Etki Değerlendirmesi, Mevzuat, Uygulama ve Sorunlar”, Danıştay Başkanlığı, Sempozyum 11 Mayıs 2010, 142. Yıl, s.63-91.

USLU Orhan, Çevresel Etki Değerlendirmesi, Türkiye Çevre Vakfı Yayını, Ankara, 1996.

TURGUT, Nühket Yılmaz, Çevre Politikası ve Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2009.

WOOD, Cristopher, Environmental Impact Assessment, England Prentice Hall, 2003.

YAŞAMIŞ Firuz Demir, Çevresel Etki Değerlendirilmesi, Kuram, Teknik ve Yöntemler, Ankara, 1997.

YİĞİT, N.-ÇOLAK, E.-KETENOĞLU, O.-KURT, L.-SÖZEN, M.-HAMZAOĞLU, E.-KARATAŞ, A.- ÖZKURT, Ş., Çevresel Etki Değerlendirme “ÇED”, ISBN 975-96176-1-7. Ankara, 2002.

Council Directive of 27 June 1985 on the Assessment of the Effects of Certain Public and Private Projects on the Environment, 85/337/EEC, OJL 175, 05/07/1985. <http://ec.europa.eu/environment/eia/full-legal-text/85337.htm> (Erişim tarihi 07.07.2011)

Mahkeme Kararları

-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı 07.01.2004 tarih ve C-201/02 sayı. http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN (Erişim tarihi 07.07.2011)

-An. Mah. Kararı 15.01.2009 tarih ve E.2004/70, K.2009/7. R.G. 11.06.2009 tarih 27255 sayı

-An.Mah.Kararı 15.01.2009 tarih ve E.2006/99,K.2009/9.RG. 08.07.2009

tarih ve 27282 sayı.

- Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu Kararı, E. 1999/272, K. 1999/704.
- Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu Kararı, 07.10.2010 tarih ve YD itiraz No: 2010/605.
- Danıştay 6. Dairesi K., 06.11.2001 tarih ve E.2000/3626, K.2001/5220.
- Danıştay 6. Dairesi K., E.1997/4497, K.1998/5629.
- Danıştay 6. Dairesi K. 19.11.1998 tarih ve E.1997/4496 , K.1998/5631.
- Danıştay 6. Dairesi K., 31.10.2007 tarih ve E.2005/4294, K.2007/5926.
- Danıştay 8. Dairesi K., 02.05.2001 tarih ve E.2000/4696, K.2001/2030.
- Danıştay 8. Dairesi K., 23.5.2002 tarih ve E.2001/3710, K.2002/3014.
- Danıştay 6. Dairesi K., 10/11/2008 tarih, E.2008/4951, K.2008/7570.
- Danıştay 6. Dairesi K., 07.07.2009 tarih, E. 2009/436 ve K.2009/7910.
- İstanbul 6. İdare Mahkemesi K., 28.4.2000 tarih ve E.1998/687, K.2000/410.
- İstanbul 6. İdare Mahkemesi K., 30.9.2002 tarih ve E.2002/1065, K.2002/1068.
- Bursa 2. İdare Mahkemesi K., 13.03.2008 tarihli, E.2007/1050 ve K.2008/275.
- Bursa 1. İdare Mahkemesi K., 14.07.2008 tarih, E.2007/914 ve K.2008/797.
- Şanlıurfa İdare Mahkemesi K., E.2009/94, K.2009/1927.
- Gaziantep 2. İdare Mahkemesi K., E.2008/363, K.2009/1162.
- Bursa 1. İdare Mahkemesi K., 23.10.2008 tarih ve E.2008/160, K.2008/1025.
- Kocaeli İdare Mahkemesi K., 30.05.2008 tarih ve E. 2006/3343, K.2008/747.
- İstanbul 4. İdare Mahkemesi K., 11.11.2010 tarih ve E.2009/1968, K.2010/2219.
- Bursa 2. İdare Mahkemesi K, 13.03.2008 tarih ve E.2007/1050, K.2008/275.
- Muğla 4. İdare Mahkemesi K., 12.11.2008 tarih, E.2007/1357, K.2008/2039.
- Adana 1. İdare Mahkemesi K., 31.03.2003 tarih ve E.2001/518, K.2003/346.
- Manisa İdare Mahkemesi K., 13.01.2009 tarih ve E.2008/1728, K.2009/18

BELÇİKA CEZA HUKUKUNDA ÇALIŞMA CEZASI

Burhan ALICI*

ÖZET

Ülkelerin ceza politikaları, insan haklarına verilen önem ve kıymete göre yıllar içerisinde farklı aşamalardan geçmiştir. Özellikle toplum içerisinde infazı yapılan yaptırımlar, çeşit ve içerik olarak bu gelişimden en çok etkilenmiş olan alandır. Çalışma cezası son yıllarda en çok rağbet gören yaptırım türlerinden biridir. Herkese hitap edebilmesi ve her ceza siyasetine uygun olabilmesi (bukalemun yapısı) bunda en önemli nedendir. Bu çalışmamızda toplum içerisinde infaz edilen yaptırımlardan biri olan çalışma cezasını Belçika ceza hukuku çerçevesinde incelemeye çalışacağız. Belçika, sekiz yıllık “kamu yararına çalışma ” uygulamasının ardından, çalışma cezası ile ilgili düzenlemeleri ceza kanununa ayrı bir bölüm olarak eklemiştir. Tarihsel gelişim, ilk uygulama şekli, yasal düzenlemeler, çalışma cezası kapsamında tekrerrür ve teşebbüs ile uygulamanın istatistiklere yansımaları da değerlendirilecektir.

Anahtar kelimeler: Çalışma cezası, kamu yararına çalışma, toplumsal yaptırımlar, Belçika ceza hukuku, ceza politikaları.

WORK PENALTY IN THE BELGIAN CRIMINAL LAW

ABSTRACT

Penal policies of countries, have gone through different stages in proportion to the importance and value that is given to human rights in years. Especially, sanctions which are implemented in the community had been affected mostly from this development by variety and content. Work penalty is one of the most- preferred sanction types in recent years. The compatibility to everyone and suitability to each penal policy (chameleon structure) is the most important reason. In our study, we will try to examine work penalty which is one of the sanction implemented within the community in accordance with the Belgian criminal law. Belgium has added work penalty as a separate chapter in the penal code after an eight year practice of “community service”. Also, historical improvement, type of first practice, legal arrangements, reoffending and attempt in the scope of work penalty and the reflexion of practice to statistics will be evaluated

Key Words: Work penalty, community service, community sanctions, Belgian criminal law, penal policies.

* Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Hakimi ve aynı zamanda Brüksel Serbest Üniversitesi (Vrije Universiteit Brussel , VUB) Kriminoloji ve Hukuk Fakültesi, Kriminoloji doktora öğrencisi. burhan.alici@adalet.gov.tr ; balici@vub.ac.be.

1.GİRİŞ

Öğrencilik yapmış olan her birey, cezalandırma yöntemi olarak bir yerin tekrar be tekrar yazılması, sınıfın temizliğinin kısmen yapılması, dağınık hale getirilen bir yerin tekrar eski hale getirilmesi gibi ceza olarak adlandırabileceğimiz yaptırım türlerinden biri ile muhatap olmuş ya da en azından muhatap olan bir kişi hakkında bilgi sahibi olmuştur. Özünde, “telafi” temelinde karşılıklar olarak adlandırabileceğimiz bu tür uygulamaları, çalışma cezasının basit bir türü olarak ifade etmek mümkündür. Kamu yararına çalışma olarak ifade edebileceğimiz “kamusal hizmet” ile ilgili acaba yeni olarak karşımıza ne çıkmaktadır¹. Bu tür tedbirlerin basit anlamda ceza olarak nitelendirilecek olmasının yanı sıra insani olarak nitelendirebileceğimiz yönü de ön plandadır. Hiç birimiz dersten sonra sınıfın temizliği ile ilgili vakit geçirmek istemeyecektir. Aynı yerin tekrar yazılması, dağıtılan yerlerin tekrar toplanması, aslında cezai olmasının yanı sıra rehabilitasyon amacını da içinde barındırmaktadır. Yapılan işin kendi cinsinden telafisini sağlama bu tür uygulamaların temelinde yatan ana fikirdir. Çalışma cezasının temelinde de topluma verilen zararın topluma yararlı bir işte çalışılması suretiyle telafisi düşüncesi yatmaktadır. Çalışma yapılırken günümüz dünyasında çok değerli olan kişinin vaktinin, normal çalışılan ve okula gidilen saatler dışında alınması bir nevi ceza olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hürriyeti bağlayıcı cezaların masraflı oluşu ile hapsedilmenin insan psikolojisine ve sosyal hayatına verdiği zararlar, özellikle 19’uncu yüzyılın ikinci yarısından itibaren aydınlanma dönemi hukukçularının etkisiyle eleştirilmeye başlanmıştır. İngiltere ve Fransa’da kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların etkisiz ve faydasız oluşuna yönelik eleştirilerin çoğalması, 18’inci yüzyıldan itibaren revaçta olan hürriyeti bağlayıcı cezaların tartışmaya açılmasına neden olmuştur². Yüz yıllık uygulama hapsedilmeye yönelik eleştirileri durdurmanın aksine daha tartışmalı hale getirmiştir. Kişilerin hürriyetlerinden yoksun bırakılmaları, beklentilerin aksine özellikle hükümlülerin rehabilitasyonu açısından başarısızlıkları beraberinde getirmiş ve bu ciddi şekilde eleştiriye neden olmuştur. Kalmthout’ un ifadesiyle “*Hapsetme hüküm-*

¹ Ken PEASE, “*A brief history of community service*”, in: *Community Service by Order*, Edited by Ken Pease and William Mc Williams, S: 1- 13, Edinburgh, 1980, s. 1.

² Anton M. Van KALMTHOUT, “*From Community Service to Community Sanctions: Comparative Perspectives*”, in: *Community sanctions and Measures in Europe and North America*, Edited by Hans – Jörg Albrecht and Anton van Kalmthout, S: 573- 603, Etenheim, 2002, s. 574.

lünün gelişimine bir katkı sağlamamıştır. Bunun aksine, hükümlünün kendine olan saygısını yitirmesine, sorumluluk bilincinin ve muhakeme yeteneğinin yok olmasına ve tahliye sonrası rehabilitasyonunun sorunlu olmasına sebebiyet vermiştir.”³.

Artan maliyetler ve bu durumun devlet bütçesinde oluşturduğu ağır yük ceza siyasetinin siyasiler tarafından tekrar gözden geçirilmesi konusunda ciddi tartışmaları gündeme taşımıştır. Belçika’da bir ceza infaz kurumu inşaatının ortalama maliyeti 2011 rakamları ile 40 milyon € olarak hesap edilmiştir.

Belçika 11 milyon nüfusa sahip bir ülkedir. 2010 yılı mart ayı itibariyle ceza infaz kurumlarında 10.561 mahkum bulunmaktadır. 1999 yılında 7.889 olan bu sayı her ne kadar 11 yıl içerisinde bazı yıllarda kendisinden önceki yıla göre bazen azalma göstermiş olsa da (2001, 2003, 2008) genel olarak devamlı ve düzenli bir artışın olduğunu söylemek mümkündür. 2010 itibariyle verilen rakam 2009 yılına göre % 4’lük bir artışa karşılık gelmektedir⁴. 2011 yılında ise ceza infaz kurumlarında mevcut mahkum sayısı 11.000’i (1 Mayıs 2011 itibariyle) aşmıştır.

Bütün bu sayılar ve Dünya’da var olan benzer gelişmeler ve artışlar alternatif yaptırımların bir çözüm olup olmadığı gerçeğini de tartışmaya açmıştır. Çalışma cezası, hapis cezasına alternatif ilk kuşak yaptırımlardan (şarta bağlı erteleme, denetim süresine tabi kılma) bu bağlamda en etkili ve kabul edilebilir olarak görülmeye başlanmıştır. Çalışma cezasının da yer aldığı bu ikinci gruba hapis cezasına alternatif ikinci kuşak yaptırımlar da denmektedir. Ancak çalışma cezası lehine olan gelişme, düşünce ve istatistikler, bu cezanın mercek altına alınmasını engelleyememiştir. Kavram olarak dahi, bu grup alternatifleri doktrinde tek bir başlık altında görmek mümkün değildir. Çalışma cezasının da yer aldığı ikinci kuşak alternatiflere Flamanca’da alternatif cezalar (alternatieve straffen), toplum içerisinde cezalar (straffen in de gemeenschap) ve toplum temelli cezalar (gemeenschapsgerichte straffen) şeklinde farklı adlar verilmektedir⁵. Çalışma cezası nihai olarak hangi amaca hizmet etmelidir. Bu konuda da farklılık olduğunu görmekteyiz. Rehabilitasyon fonksiyonu mu öncelik arz etmeli? Cezalandırma görevi mi ön planda

³ KALMTHOUT, (Community Service), s. 574.

⁴ FEDERALE OVERHEIDS DIENST JUSTITIE (FOD), Vast Bureau Stastiek en Werklastmeting, Justitie in Cijfers, Brussel, 2010, s. 55- 56.

⁵ Kristel BEYENS, ‘‘De werkstraf als hedendaagse straf’’, S: 7- 18, Panopticon, Sayı: 27 (4), Yıl: 2006, s. 7.

olmalı? Her ikisinin birlikte gerçekleştirilmeye çalışıldığı düzenlemeler mi daha reel? Makalemize konu edineceğimiz Belçika’da durum nedir?

Vermiş olduğumuz bu genel bilgilerden sonra Belçika’da müstakil bir ceza olarak öngörölmüş olan çalışma cezası konusunda bilgi vereceğiz. Çalışma cezasının tarihçesi, düzenleniş tarzı, infazı, infazında karşılaşılan sorunlar ile istatistikî verilerin Belçika açısından değerlendirmesini yapmaya çalışacağız.

2. ÇALIŞMA CEZASININ GELİŞİMİ

Belçika Hukuku’nda çalışma cezası, ceza kanununa müstakil ceza olarak kabul edilmeden önce çalışma cezasının bir önceki uygulaması olarak kabul edilebilecek uygulamalarla mevzuatta yer almıştır. Flamanca kavramlarla izah edilecek olursa; çalışma cezasından önce “*dienstverlening*” kavramı ile ifade edilen ve Türkçeye “*kamu yararına çalışma*”⁶ şeklinde çevrilebilecek olan bir terimle kanunlarda düzenlenmiştir. Çalışma cezası ancak 2002 yılında müstakil ceza olarak ceza adalet sistemine girmiştir. 1994’den 2002 yılına kadar geçen 8 yıl, kamu yararına çalışma olarak uygulanmıştır. Bu başlıkta çalışma cezasının gelişimini bu her iki düzenlemeyi kapsayacak genişlikte kullanarak; öncelikle çalışma cezasının infazından sorumlu teşkilatın yıllar içerisindeki gelişimi, çalışma cezasının tarihi ve hukuki gelişimi, terminoloji açısından kanunlarda meydana gelen değişim ile düzenleniş amacı çerçevesinde irdelemeye çalışacağız.

⁶ Bu çalışmamızda *dienstverlening* kavramını “*kamu yararına çalışma*” olarak çevirmeyi tercih ettik. Bu kavramla asıl gayemiz daha sonra uygulamaya konan “*müstakil çalışma cezası*” arasındaki farkı vurgulamaktır. Belçika uygulamasında da yaptırım ve tedbir kavramları ile yeknesak bir ifadelendirmenin olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim uygulamada yargıçlar kamu yararına çalışmayı tedbir olarak ifade ettikleri gibi doktrinde yaptırım ve tedbir kavramlarını birlikte kullandıklarını da görmekteyiz. Ancak hukuki nitelik olarak kamu yararına çalışmanın Belçika hukuku bakımından tedbir olduğu kanaatindeyiz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 50’inci maddesinin başlığı “*kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar*” derken son fıkrası “*tedbirden*” bahsetmektedir. Fakat bölüm başlığının da “*cezalar*” olarak belirtilmesi durumu biraz daha karmaşık hale getirmektedir. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu’nun (CGTİHK) 105’inci maddesi ile “*kamuya yararlı işte çalıştırma*” düzenlenmiştir. Bu madde de “*Diğer Cezalar*” adını taşıyan İkinci Kitabın Birinci Kısmı altında düzenlenmiştir. Anlaşılan odur ki “*Ceza ve Tedbir*” kavramları ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Ancak bir uygulamanın ceza ya da tedbir olduğunun ilgili düzenlemenin kanun sistematigi içerisindeki konumu ile düzenlemeyle ulaşılabilecek istenen amaç arasında bir değerlendirme ile sonuca varmak gerekir. Belçika’daki uygulama ve düzenlemeler bakımından bu tür bir ayrımı tercih etmeyi uygun görüyoruz.

A. Çalışma Cezasının İnfazından Sorumlu Kurulustaki Değişim

1960'lı yıllar denetimli serbestliğin Belçika'da teşkilat olarak olmasa da uygulamalar olarak adının konuşulmaya başlandığı yıllardır. 29 Haziran 1964 tarihli “*Erteleme ve Probasyon Kanunu (EPK)*”⁷, erteleme ve buna bağlı olarak denetim süresi içerisinde bir kısım tedbirlerin verilmesini öngörmüştür. Fakat denetimli serbestliğin doğuşunun temel unsurlarından biri olan rehabilitasyonun alternatif yaptırımlarla birlikte infazının takibini öngören teşkilatın ve kanuni altyapının oluşması ancak 1990'lı yıllardan itibaren şekillenmeye başlamıştır. Bu yıllarda denetim süresi içerisinde takip edilen tedbirler ceza infaz kurumlarında da ıslah faaliyetlerinden sorumlu olan kuruluş tarafından yerine getirilmiştir (Centrale Sociale Dienst). Bu kuruluş merkezi idareye bağlı sosyal hizmet servisidir. Tek görevi ve sorumluluğu ceza infaz kurumları değildir.

1992 yılından itibaren alternatif infaz metotları ile ceza infaz kurumunda yapılan infaz işlemlerinden ayrı karaktere sahip tedbirler sayı olarak artmıştır. Bu nedenle, ceza infaz kurumu ile bu kurum dışında yapılan infazlar açısından takip, destek ve yürütülmesi ile ilgili farklı bir yapılanmaya ihtiyaç duyulmuştur. Fakat 1992 yılında yapılan yapısal değişiklik mevcut olan kurumun (Centrale Sociale Dienst) ihtiyaçlara kısmen cevap vermesi dışında bir işe yaramamıştır (Dienst Maatschappelijk Werk Strafrechtstoepassing). Çünkü, her iki infaz türünde infazı yapılan kişilerdeki profil, işlenen suç türleri ve hedeflenen amaçlarda ciddi farklılıklar ortaya çıkmaya başlamıştır. Alternatif yaptırımların özünde var olan farklılık nedeniyle insan ve altyapı takviyesi yapılmış. Ancak ortaya çıkan yeni yaptırımların kendi ihtiyaçları ile alternatif yaptırımların geliştirilmesine olan ihtiyaç, inisiyatif alabilecek organizasyon varlığını kaçınılmaz kılmıştır. Bu nedenlerden dolayı 20 Aralık 1996 tarihinde Adalet Bakanlığı, “*Alternatif Tedbirleri Destek İdaresi*” adıyla yeni bir idare kurmuştur⁸. Bu kurumun başlıca görevleri arasında ; alternatif yaptırımlar çerçevesinde özel projelerin infazı, kamuoyu, savunma ve mahkemelerin alternatif yaptırımlara duyarlı olmalarını sağlama ile bu tarafları bilgilendirme, alternatif tedbir ve cezaların uygulanmasında karşılaşılan pratik, kurumsal, metodolojik ve hukuki sorunları analiz etme ile çözüm bulma,

⁷ Erteleme ve Probasyon'a dair 29 Haziran 1964 tarihli Kanun (EPK). Bu kanun 17 Temmuz 1964 tarihinde Belçika Resmi Gazetesi'nde (BRG) yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁸ Hans DOMINICUS, “*De werkstraf in België, Eerste bevindingen en ervaringen vanuit de dienst justitiehuisen*”, S: 34- 62, Panopticon, Sayı: 27 (4), Yıl: 2006, s. 34.

gelişmeleri ve yenilikleri takip konusunda destek olma ile alternatif yaptırımlar ve cezaların uygulanmasında aktif yer almak isteyen dış paydaşlarla işbirliği kurma olarak sayabiliriz⁹. Bu görevleri merkezi idare tarafından yerine getirilen, genel ve daha çok stratejik hedeflerdir. Ülkenin çeşitli bölgelerinde, çalışma cezasının doğrudan infazından sorumlu ve yargısal bölge esasına göre çalışan, “*Adalet Evleri*” olarak çevrilebilecek “*Justitiehuizen*” adlı birimler bulunmaktadır. Belçika’da toplam 28 adalet evi vardır. Bunlardan 14 tanesi Valon Bölgesinde (Fransızca konuşulan ve işlem yapılan), 14’ü Flaman Bölgesinde (Hollandaca konuşulan ve işlem yapılan). Brüksel yasal olarak iki dilli bir eyalet olduğu için her iki dilden birer şube bulunmaktadır. Söz konusu tüm kurumlar resmi kurumlardır. Alternatif yaptırımların infazı Adalet Bakanlığı’na bağlı bu kurumlar tarafından yerine getirilmektedir. Hollanda gibi vakıf yapılanmasına sahip denetimli serbestlik teşkilatı Belçika’da bulunmamaktadır. Resmi ağırlıklı bu yapılanma, çalışma cezasının infaz edildiği yerlerin oluşturulmasında çok hayati bir görev yerine getirmektedir. Devlet, bu birimler aracılığıyla proje oluşturmakta ve çalışma cezasına hükmedilen kişileri bu projelerde çalıştırmaktadır. Devlet böylece hem yer tahsisi hem de finansman sağlamak konusunda yardımcı olmaktadır.

B. Çalışma Cezasının Tarihi ve Hukuki Gelişimi ile Terminolojik Değişim

1980’li yıllar Belçika’da siyasal ve yargısal kurumların meşruluğu konusunda ciddi krizlerin yer aldığı dönemdir. Aynı dönem siyasiler açısından da güvensizliğin ya da güvensizlik duygusunun siyasetin bir numaralı konusu haline geldiği dönemdir. Siyasilerin polis ve yargı teşkilatına güvensizliğinin altında yatan çeşitli nedenler vardır¹⁰. Bu ortam, Belçika’da yargı alanında da bir takım değişikliklerin yapılması ihtiyacını doğurmuştur. Komşularından özellikle Hollanda’da o tarihlerde kamu yararına çalışma ile ilgili tartışma ve gelişmelerin Belçika kanun koyucusu ile doktrinini etkilediğini söylememiz yanlış olmaz. Buna rağmen Hollanda’da 1983 yılında ülke çapında uygulamaya giren kamu yararına çalışma yaptırımı, Belçika’da 1994 yılında ancak yasalaşmıştır. 10 Şubat 1994 tarihli Kanun¹¹; Belçika Ceza Kanunu (BCK),

⁹ DOMINICUS, a.g.e., s. 36, 37, 38.

¹⁰ Kristel BEYENS, “From ‘community service’ to ‘autonomous work penalty’ in Belgium. What’s in a name?,” S: 4-21, European Journal of Probation, Sayı: 2 (1), Yıl: 2010, s.5.

¹¹ Ceza Davalarında Arabuluculuk Usulünün Düzenlenmesine dair 10 Şubat 1994 tarihli Kanun (CDAUDK.). Bu kanun 27 Nisan 1994 tarihinde BRG’nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Belçika Ceza Usul Kanunu (BCUK) ile Erteleme ve Probasyon Kanunları'nda değişiklikler yapmıştır. Kanun ile kamu yararına çalışma hem soruşturma aşamasında hem de kovuşturma aşamasında düzenlenmiştir. Soruşturma evresinde, ceza arabuluculuk sisteminde savcılık tarafından yürütülen tahkikatla anlaşma sağlandığında, şart olarak belirli saat kamu yararına çalışma öngörülebilir. BCUK'nun 216 ter maddesinde bunun koşulları belirtilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, halen Belçika'da kamu yararına çalışma (sadece soruşturma evresinde) ile çalışma cezasının birlikte kanunlarda yer almasıdır. Ceza soruşturmasında savcı tarafından arabuluculuk görüşmeleri esnasında şart olarak kamu yararına çalışma önerilebilir. Bu tedbir ceza hukuku anlamında bir yaptırım olarak değerlendirilmeyip, cezalandırmayı ortadan kaldıran bir araç olarak değerlendirilebilir¹². Bunun için şu koşulların bulunması gerekir.

- Kamu yararına çalışmayı şüphelinin kabul etmesi gerekir.
- Arabuluculuk, savcılığın 2 yıldan fazla hapis cezası talep ettiği ve asliye ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlarda uygulanabilir. Bu, somut olayda hafifletici nedenlerin mahkemece kabul edilmesi halinde, ceza kanununda 20 yıl hapis cezası öngörülen suçların da arabuluculuktan yararlanabileceği anlamına gelmektedir.
- Azami 120 saat kamu yararına çalışmaya karar verilebilir ve bu en fazla 6 ay içerisinde infaz edilmelidir.
- Savcılığın arabuluculuk anlaşmasını onaylaması gerekmektedir.

Kamu yararına çalışma BCUK'nda savcının arabuluculukta teklif edebileceği birkaç tedbirden birisidir. Diğer tedbirleri ise mağdura verilen zararının tazmini ya da bir kısım eşyaların tazminidir. Şüpheli alkol, uyuşturucu, veya herhangi bir hastalığın etkisi ile eylemi işlemişse en fazla 6 ay tıbbî tedavi ya da uygun bir terapiye tabi tutulabilir. 120 saate kadar bir eğitim programını takip etmesini de savcılık teklif edebilir¹³. Burada tazmin tedbiri dışında kamu yararına çalışma ve eğitim tedbiri ile ilgili 120 saatlik sürenin infazı bakımından sınırlama getirilmiştir. 120 saatlik süre, 1 aydan

¹² Chris Van den WYNGAERT, *Strafrecht en Strafprocesrecht in Hoofdlijnen*, tweede volledige herziene en bijgewerkte uitgave, Antwerpen- Apeldoorn, 1994, s. 328

¹³ Ivo AERTSEN & Katrien LAUWERT, "Community Sanctions and Measures in Belgium" in: *Community sanctions and Measures in Europe and North America*, Edited by Hans – Jörg Albrecht and Anton van Kalmthout, S: 43- 78, Ettenheim, 2002, s. 52.

daha az bir sürede tamamlanamayacağı gibi tedbirin infazına başlanmasından itibaren de 6 ay içerisinde bitirilmelidir. Bu sürenin takibi ve denetimi savcılığa aittir (BCUK 216ter/1) .

EPK’nda değişiklik yapan 27 Nisan 1994 tarihli kanunla, kovuşturma evresinde kamu yararına çalışma ile ilgili düzenlemeler getirilmişti. 1994 yılında EPK’nda ki değişiklik yapılmaya kadar Belçika’da gençlerin korunması bakımından gençlik mahkemelerince denetimli serbestlik tedbiri olarak kamu yararına çalışma verdiklerini ve bunu 1964 tarihli EPK ‘na dayandırdıklarını görmekteyiz. Verilen bu kararlar hukuka uygun olmasına karşılık kamu yararına çalışmanın yasal temeli ancak 1994 yılında çıkartılan Erteleme ve Probasyon Kanunu’nda Değişiklik Yapan Kanun’la (EPKDYK) gerçekleşmişti¹⁴. Bu kanunun 1 bis maddesine göre iki halde kamu yararına çalışmaya hükmedilebilirdi. Bu kararlar denetim süresi içerisinde verilebilirdi¹⁵. “Hükümün açıklanmasının geri bırakılması (opschorting)” ile “cezanın infazının geri bırakılması (uitstel)” kamu yararına çalışmanın şart olarak verilebileceği hallerdi. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması 6 ay ve daha az hüküm giymiş ya da hüküm giymemiş sanıklar bakımından verilebilirken ; cezanın infazının geri bırakılması (erteleme) 12 ay hapis cezası ve daha az hüküm giymiş ya da hüküm giymemiş sanıklar bakımından verilebilir. 2005 yılında soruşturma evresinde arabuluculuk uygulamasıyla tekrar düzenlenen ve halen yürürlükte bulunan kamu yararına çalışmada şüphelinin sabıkalı olup olmamasının önem arz etmemesi, bu tedbiri yürürlükten kaldırılan kovuşturma aşmasındaki kamu yararına çalışmadan ayırmaktadır.

Kamu yararına çalışma, soruşturma evresinde 20- 240 saat aralığında verilebilen bir tedbirdir. Belçika’da adli para cezalarının ertelenmesi de mümkün olduğundan adli para cezasının ertelenmesi de şartlı olarak verilebilir ve burada da kamu yararına çalışma şart olarak getirilebilirdi. Kamu yararına çalışma bu aşamada rehabilitasyon içeriği olan cezalandırma tedbiri

¹⁴ WYNGAERT, a.g.e., s. 327- 328. ; EPKDYK ile CDAUDK aynı tarihte mecliste kabul edilmiş (10 Şubat 1994) ve yine aynı tarihte (27 Nisan 1994) Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş kanunlardır.

¹⁵ Belçika’da “hükümün açıklanmasının geri bırakılması” yanında “verilen mahkumiyetin infazının geri bırakılması” müessesesi de bulunmaktadır. İlkinde hüküm verilip açıklanmazken diğerinde ceza açıklanmakta ve sabıka kaydına işlenmektedir. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması sabıka kaydına girmeyip bizde de mevcut olan özel kayıt sistemine benzer bir sisteme kayıt edilmekte ve bu kayıtlar ancak hakim, savcı ve polis gibi kişilere verilmektedir (soruşturma ve yargılama esnasında görevi olan aktörler). Herhangi bir iş başvurusunda hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararları sabıka kaydında gözükmemektedir.

şeklinde infaz edilmekte ki, bu “klasik” cezalandırma anlayışı ile pek uyumlu olmayan bir durumun ortaya çıkmasına neden olmuştu¹⁶. Kamu yararına çalışmanın erteleme ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının bir şartı olarak düzenlenmiş olması, bu tedbirin yargı tarafından hürriyeti bağlayıcı cezalara karşı gerçek bir alternatif olarak uygulanmasına engel olmuştu. Bu düzenleniş şekli, tedbirin belirtilen hallerde ek tedbir olarak daha yaygın kullanımını doğurmuştu¹⁷. Bunun temelinde hakimlerin mevzuatta yapılan değişikliklerle ilgili sınırlı bilgi sahibi olması, tedbirin erteleme ile ilgili hukuki niteliğindeki belirsizlik ile hükümlülere “yumuşak, hafif” tedbir olarak tanımlanması yatmaktaydı. Bu biçilen değer nedeniyle kamu yararına çalışmanın uygulanması ilk defa hüküm giyenler ile hafif suç işleyen kişilere uygulanmak suretiyle sınırlı bir alanda kalmıştır¹⁸. Belçika’da kamu yararına çalışmanın 1994-2002 arasındaki 8 yıllık uygulaması, bu tedbirin cezalandırıcı ve caydırıcı olmaktan uzak olduğuna ilişkin yargıçlar arasındaki yaygın kanaati değiştirememiştir. Bu haliyle hakimler, bu tedbiri sanıklara “hafif”, “yumuşak” kalan bir tedbir (*favour measure- gunstmaatregel*) olarak değerlendirmişlerdi. Hatta bir kısım yargıçlar bu tedbiri ve diğer alternatif yaptırımları “*çocuksu yaptırımlar*” olarak tanımlamışlardır¹⁹.

2002 yılında çalışma cezasının yürürlüğe konması ile kamu yararına çalışmanın tüm türleri yürürlükten kaldırılmıştı. Ancak, üç yıllık uygulamanın ardından 2005 yılında, sadece ceza arabulucuğu bakımından tekrar düzenleme yapılmıştır. Böylece, içerik olarak aynı fakat hukuki nitelik olarak farklı olan kamu yararına çalışma, soruşturma evresinde tedbir olarak, kovuşturma evresinde ise ceza olarak düzenlenmiştir. Bu ikili uygulama, savcılığın bu şekliyle ceza arabuluculuğunu daha caydırıcı olduğuna olan kuvvetli inancından kaynaklanmaktadır²⁰. Arabuluculuk sözleşmesinin savcılık tarafından onaylanmasının ardından, belirtilen süre içerisinde tedbirlerin yerine getirilmesi halinde soruşturmanın düşmesine karar verilmektedir. Bu kararların hepsi ülkemiz denetimli serbestlik teşkilatının görevlerini yerine

¹⁶ **Kristel BEYENS**, *Straffen als sociale praktijk*, Een penologische onderzoek naar straftoemeting, Brussel, 2000, s. 103 vd.; **Kristel BEYENS & Veerle SCHEIRS**, “*Encounters of a different kind social enquiry and sentencing in Belgium*”, S: 309- 328, Punishment and Society (SAGE), Sayı: 12(3), Yıl: 2010, s. 210- 211.

¹⁷ **BEYENS**, (Community Service), s. 5- 6.

¹⁸ **BEYENS**, (Straftoemeting), s. 419, 479 vd.

¹⁹ **BEYENS**, (Straftoemeting), s. 420, 421, 422.

²⁰ **BEYENS**, (Community Service), s. 5.

getiren “*adalet evleri*” tarafından takip edilmektedir. Ceza davalarında arabuluculuk sistemi çocuklar bakımından değil, sadece yetişkinler bakımından uygulanabilecek bir ceza yargılama aracı olarak düzenlenmiştir.

Avrupa’daki örneklere paralel olarak (Hollanda, İngiltere) Belçika’da da kamu yararına çalışmanın “*tedbir*” olarak 8 yıllık uygulaması, yargı çevrelerinde bu tedbirden beklenen başarıyı karşılamamıştır. Ceza infaz kurumlarındaki yoğunlaşmaya, daha ucuz bir yöntem olma ihtimali ve bir an önce halk nezdinde bir çözüm ortaya koyma çabaları ile ceza adalet sisteminin bir unsuru haline gelen kamu yararına çalışma, artık beklenen çözüm ve faydayı sağlamaktan uzak kalmaya başlamıştır. Bu süreç kamu yararına çalışmanın “*müstakil bir ceza*” olarak düzenlenmesini gündeme getirmeye başlanmıştır. Tedbir, ceza infaz kurumlarındaki popülasyonun azalmasına yardımcı olamamış, mahkemeler nezdinde de gerekli ilgiyi görmemiştir. Yargıçlar vermiş oldukları kararlarda kamu yararına çalışmayı ek bir şart olarak görmenin ötesinde bir anlam vermemişlerdir. Bu haliyle kamu yararına çalışma, ertelemeye ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının bir koşulu olarak başlangıçtan itibaren geçici bir çözüm olarak ortaya çıkmış ve sonunda müstakil bir ceza olarak düzenlenmesi sonucu ile karşı karşıya kalmıştır. Nitekim sekiz yıl sonra 2002 yılında 17 Nisan 2002 tarihli kanun ile BCK’nda müstakil olarak çalışma cezası düzenlenmiş ve “*müstakil çalışma cezası*” olarak adlandırılmaya başlanmıştır²¹. Bu müstakil ceza ile BCK’nda hapis ve adli para cezasına ek olarak üçüncü ceza türü düzenlenmiştir. BCK’nun 7’nci maddesi cezaları düzenleyen maddedir. Buraya müstakil bir ceza olarak “*çalışma cezası*” da eklenmiştir²².

2002 tarihli kanundan önce de 19 Mart 2000 tarihli kanun teklifi ile 6 milletvekili tarafından çalışma cezası ve eğitim yaptırımının müstakil bir ceza olarak düzenlenmesine yönelik bir kanun teklif hazırlanmıştır. Mevcut yürürlükteki kanundan önce Ceza Kanunu’nun Gözden Geçirilmesi Komisyonu tarafından da buna benzer çalışmalar yapılmış ve değerlendirilmiştir. Komisyonun çalışmaları sonucunda 1964 tarihli EPK’nda ki değişiklikler kabul edilerek bugünkü adımların temeli atılmıştır. Altı milletvekili tarafından verilen teklifte, sadece kamu yararına çalışma değil aynı zamanda eğitim ted-

²¹ BEYENS, (Community Service), s. 6.

²² Tom Van der BEKEN & Ann FLAVEAU, “*Hard labour. Een eerste analyse van de wet van 17 April 2002 tot invoering van de werkstraf als autonome straf in correctionele zaken en in politiezaken*”, S: 241- 257, Yıl: 2002, s. 242.

biri de müstakil bir ceza olarak öngörülmüştü. Burada gerekçe olarak, eğitim tedbirinde de sanığın hürriyetinin sınırlandırıldığı, kontrolün ve denetimin yoğun olduğu, ihlal halinde daha ağır bir ceza ile karşı karşıya kalınabileceği olması vurgulanmıştır²³. Fakat bu kanun teklifi yasalaşamamıştır. Bu haliyle Belçika’da var olan düzenleme Hollanda’dan da ayrılarak sadece çalışmayı müstakil bir ceza olarak öngörmüş, eğitim tedbirinin sadece arabuluculuk aşamasında savcının teklif edebileceği bir şart olarak kalmasını tercih etmiştir. Hollanda çalışmayı müstakil bir ceza olarak düzenlemekle kalmamış eğitimin de ceza olarak verilmesine imkan tanımış ve bu iki müstakil cezalara ortak bir ad altında toplayarak “*görev cezaları (taakstraf)*”²⁴ başlığı altında düzenlemeler yapmıştır. Temel ceza görev cezasıdır. Ancak görev cezaları; çalışma cezası ya da eğitim cezasından oluşabileceği gibi her ikisinin karmasından da oluşabilir.

Belçika Hukuku’nda devlet başkanına tanınan anayasal yetkilerden birisi de, belirli nedenlerden dolayı mahkumiyeti kesinleşmiş olan hükümlülerin cezalarının bir kısmını ya da tamamının infazını kaldırma yetkisidir (genade). Belçika Anayasa’sının 110’uncu maddesi bu yetkiyi devlet başkanı olan krala vermektedir. Bu Anayasa’mızın 104’üncü maddesinde Cumhurbaşkanı’nın yasama yetkilerinden birisi olarak sayılan “*Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak*” yetkisi ile aynı mahiyettedir. Belçika’da bu ceza kaldırılırken kaldırma şarta bağlı olarak verilebilir. Bu şartlar arasında “*kamu yararına çalışma*” da bulunmaktadır. Belçika doktrininde bu durum, yasal dayanağı olmaması nedeniyle eleştirilmektedir²⁵.

Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların (6 ay veya daha az) infazının yerine getirilmediği Belçika’da infaz aşamasında infaz hakiminin bu cezayı çalışma cezasına çevirme yetkisi bulunmaktadır²⁶. İnfazı zaten yerine get-

²³ BEKEN & FLAVEAU, a.g.e., s. 241.

²⁴ 3 Mart 1881 tarihli Hollanda Ceza Kanunu (HCK) md. 9/1-a. Görev cezası (taakstraf) 1 Şubat 2001 tarihi itibarıyla temel ceza olarak HCK’nun 9’uncu maddesine eklenmiştir.

²⁵ Heidi LUYPAERT, Kristel BEYENS, Clémence FRANÇOISE, Dan KAMINSKI M.m.v. Christine JANSSENS, “*Werken en leren als straf*”, Brussel, 2007, s. 201; BEKEN & FLAVEAU, a.g.e., s. 244.

²⁶ Ioan DURNESCU, “*Community sanctions and measures in Europe. Some results from a recent survey*”, S: 10- 18, Eura Vista Probation and Community Justice, Sayı: 1 (1), Yıl: 2009, s. 13.

irilmeyecek olan bir ceza böylece infaz edilebilir bir cezaya dönüşmektedir²⁷. Ancak hakim sayısındaki azlık nedeniyle infaz hakimliği kurumu kurulamadığı için infaz aşamasında hakime tanınan bu yetki uygulamada kullanılamamaktadır. Adalet Bakanı De Clerck'in 6 Temmuz 2011 tarihli basın açıklamasında²⁸ 8 aya kadar olan hapis cezalarının takibi ev hapsi ve elektronik izlemeden oluşan yeni bir sistemle gerçekleştirilecek. Ceza infaz kurumlarında mevcut olan kapasite sorununa ve 6 aya kadar infaz edilmeyen hapis cezaların toplumda adalet sisteminde meydana getirdiği güvensizliğe bu şekilde çözüm getirilmeye çalışılacaktır. İnfaz edilemeyecek bu tür hapis cezalarına yönelik ise telefonda takip sistemi ile “*evde hapis*” cezası uygulanmak istenmektedir. Buna ilişkin hukuki altyapının tamamlanması halinde 1 Ocak 2012 tarihinde bu uygulamaya geçilmesi düşünülmektedir.

C. “Kamu Yararına Çalışma ” ile “Çalışma Cezası” Kavramları

Çalışma cezası aslında kamu yararına çalışmanın ileri adımı olarak uygulamaya konulmuş bir şeklidir. Başka bir ifadeyle kamu yararına çalışmanın “*büyümüş*”- “*olgunlaşmış*” şekli demek mümkündür. Parlamento’da kamu yararına çalışmanın da düzenlendiği yasa tasarısı görüşülürken doğrudan müstakil bir ceza olarak öngörülmesi tartışılmış ise de, sonuç olarak hızlı bir geçiş süreci ile kamu yararına çalışmanın uygulamaya konulmasına karar verilmişti²⁹. Kamu yararına çalışmadan, çalışma cezasına geçişteki en önemli etken, bu kararı vermeye yetkili mercilerin bu tedbire olan ilgilerinin sınırlı olmasıdır. 1994’den 2002’ye kadar istatistikler incelendiğinde; 2002 yılında 3944 kamu yararına çalışma kararı verilirken, çalışma cezası bu rakamlara,

²⁷ Belçika’da Adalet Bakanlığı genelgeleri (açıklamaları) ile 6 ay ve daha kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar infaz kurumlarının doluluğu nedeniyle infaz edilmemekte ya da kısmen infazı yapılmaktadır. Bunu bilen mahkemeler de kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza verme konusunda isteksiz davranmaktadır. Bunun yerine alternatif cezalar vermektedirler.

²⁸ <http://www.just.fgov.be/persberichten/#>, erişim tarihi 08.07.2011. Belçika’da elektronik izleme 3 yıldan daha az hapis cezası alan hükümlülere cezalarının bir kısmını ceza infaz kurumunda iyi halli geçirmeleri halinde yapılacak incelemeden (sosyal araştırma) sonra ceza infaz kurumu idaresince elektronik izleme kararı verilmektedir. Uygulamada talep olması halinde bu talep otomatik olarak olumlu değerlendirilmektedir. Elektronik izlemede savcılık makamına, polis ve ceza infaz kurumu idarelerince bürokratik işlemler yapılmaktadır. Getirilecek olan ev hapsinde bu bürokratik işlemler tek bir organ tarafından ve daha önceki bir aşamada savcılık makamına verilecek ve infaza doğrudan başlanılarak takipsiz ceza kalmayacaktır. 3 yıl ve daha fazla hapis cezalarında elektronik izleme kararı verme yetkisi infaz hâkimlerindedir.

²⁹ DOMINICUS, a.g.e., s. 35.

uygulamaya konulduğu ilk yılda ulaşmıştır³⁰. Bu ilginin temelinde bu iki kavramın ceza sistemindeki konumları büyük önem arz etmektedir. Kamu yararına çalışma, doğrudan hapis cezasına göre kendini konumlandıran bir tedbir olarak düzenlenirken, çalışma cezası müstakil bir ceza olarak hapis ve adli para cezası yanında üçüncü bir ceza türü olarak BCK’nda yerini almıştır.

Kamu yararına çalışmanın hürriyeti bağlayıcı cezalarla olan sıkı ilişkisi, yargıçlar ve savcılar nezdinde bu tedbirin gücünü zayıflatmıştır. Tedbir, uygulandığı dönemde hapis cezasının gölgesinde kalan bir tedbirden öteye gidememiştir. Tedbirin, hürriyeti bağlayıcı ceza ya da adli para cezası verildikten sonra ertelemenin, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının veya soruşturma evresinde arabuluculuğun bir koşulu olarak hüküm altına alınmış olması nedeniyle, ilk vurgu daima hapis cezası ile adli para cezasında kalmaya devam etmiştir. Böyle olunca; sabıkalı olma bu tedbirin verilmesi bakımından, birlikte verildiği erteleme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve soruşturma evresinde arabuluculuk (halen yürürlükte) açısından da önemli olduğundan, kamu yararına çalışmaya hükmedilme otomatik olarak sınırlı sayıda kalmıştır³¹.

Kamu yararına çalışma, Belçika hukukunda 1964 yılından itibaren yürürlüğe giren denetimli serbestlik tedbirinin (probatie) bir devamı olarak “*alternatif yaptırımlar*” kavramının çeşitlendirilmesi gayretlerinin devamıdır. İlk jenerasyon alternatifler olarak adlandırabileceğimiz³² bu tür yaptırımlar rehabilitasyon ve topluma tekrar kazandırma düşüncesinin hakim olduğu 1960’lı yılların, sosyalleşmeyi esas alan gelişimin devamı olarak görmek mümkündür. Bunun devamı olarak ikinci jenerasyon alternatifler olarak adlandırabileceğimiz bir grup vardır ki; çalışma cezası da bu grubun içerisinde. Bunlar “*alternatif cezalar*” olarak adlandırılmaktadır. Bu kavramlarla cezai niteliklerinin daha kuvvetli vurgulanması yanında alternatif statülerini müstakil bir statüyle yer değiştirdikleri gerçeği ortaya konulmuştur³³.

Kavramlar arasında sonuç olarak şu ayrımı yapmak mümkün;

1-Kamu yararına çalışma ek bir tedbir olarak ertelemeye, hükmün açıklanmasının geri bırakılması veya arabuluculuk gibi soruşturma veya

³⁰ DOMINICUS, a.g.e., s. 35.

³¹ BEYENS, (Werkstraf), s. 8.

³² BEYENS, (Werkstraf), s. 7.

³³ BEYENS, (Werkstraf), s. 7- 8.

kovuşturma aşamasındaki kurumların ek unsuru olarak düzenlenmişken; çalışma cezası müstakil bir ceza olarak ve bağımsız bir karakterde karşımıza çıkmaktadır.

2- Kamu yararına çalışma rehabilitasyon ve topluma tekrar kazandırmayı esas alan bir temelde ortaya çıkmışken, çalışma cezasında bu amaçlar olmasına karşılık cezalandırma vurgusu daha ağırdır.

3-Kamu yararına çalışmaya olan ilgisizlik ile caydırıcı olmaktan uzak kalmasına yönelik kuvvetli inanç, çalışma cezasının düzenlenmesi ihtiyacını doğurmuştur.

Kamu yararına çalışmanın cezai karakterinin olmadığını söylemek doğru olmaz. Çünkü sonuç olarak istenmeyen bir zamanda (serbest (boş) vaktinde) kişiye belirli yükümlülükler getirilmektedir. Burada üzerinde durduğumuz daha çok bu kavramların hangi amaçlar için daha çok kullanıldığı, cezai veya rehabilitasyon amaçlı niteliklerinden hangisinin daha ağır olduğudur. Meclis görüşmelerinde çalışma cezası bakımından ileri sürülen amaçlarla kamu yararına çalışma bakımından ileri sürülen amaçlar benzerlik göstermektedir. Ancak ceza olma vurgusu çalışma cezasında özellikle vurgulanmıştır ki, bu kamu yararına çalışmada bulunmayan bir husustur³⁴.

Kültürel bir bakış açısıyla bakıldığında, modern toplumlarda zamanın kıymeti artık yadsınamayacak derecede önem arz etmektedir. Zaman, çalışan bir kişinin değer ürettiği ve bu çalışma karşılığında değer verildiği çok kıymetli bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte tam bu noktada değerli olan bir olgunun elden alınışı, modern cezalandırma anlayışı bakımından ceza olarak kabul edilmektedir. Hapis cezasında özgürlüğün kısıtlanması, alınması, çalışma cezasında “*serbest vaktin alınması*” şeklinde karşımıza çıkmaktadır³⁵.

Belçika uygulamasında kamu yararına çalışmanın hapis cezasına bağlı bir şart olarak rehabilitasyon amacı daha önde olan bir düzenlemeyle karşımıza çıktığını ifade etmiştik. Kamu yararına çalışmada kişiyi topluma kazandırma ön plandadır. Çalışma cezasında ise kişiye sorumluluğunu hatırlatma ve bunu sözleşme altına alarak ücretsiz çalışma ile yerine getirmesi daha ön plandadır. Bu bir nevi sosyal devlet anlayışının suçluluğa olan tepkisinin farklı bir yönüdür. Çalışma cezasına hükmedilen kişi topluma sem-

³⁴ BEYENS, (Werkstraf), s. 14- 15.

³⁵ BEYENS, (Werkstraf), s. 15.

bolik olarak “bir şeyi telafi etme” borcu altındadır³⁶. Uygulamada, çalışma cezasının veya kamu yararına çalışmanın infazında eşlik eden görevlilerin bu tedbir veya cezaya yükledikleri anlamın da önemli olduğunu vurgulamak gerekir. Özellikle psikolog, sosyal çalışmacı ve sosyolog gibi pedagojik formasyonu ön planda olan görevlilerin rehabilitasyonsuz infaz yapmakta tedirgin ve isteksiz davrandıklarını görmekteyiz. Dolayısıyla kanun koyucunun amacı ile uygulayıcının pratikte yaptığı farklılık arz edebilmektedir.

3. ÇALIŞMA CEZASINI MÜSTAKİL BİR CEZA OLARAK ÖNGÖREN 17 NİSAN 2002 TARİHLİ KANUN

Çalışma cezasını müstakil ceza olarak öngören kanun, BCK, BCUK ile EPK'nun çeşitli maddelerinde değişiklik yapan ve çalışma cezası için ayrı bir bölüm düzenlemesini öngören bir kanundur. Aslında çalışma cezasının düzenlendiği asıl yer BCK'dur. Ancak bu kanunla birlikte ek iki kanunda da bağlantı nedeniyle değişikliğe gidilmiştir. 17 Nisan 2002 tarihli Kanun 15 madde ve 5 kısımdan oluşmaktadır. 1'inci kısım “Genel Hükümler”, 2'nci kısım “Ceza Kanunu'nda Değişiklikler”, 3'üncü kısım “Ceza Usul Kanunu'nda Değişiklikler”, 4'üncü kısım “Erteleme ve Probasyon Kanunu'nda Değişiklikler” ve 5'inci kısım “Son Hükümler” başlıklarını taşımaktadır.

Kanun'un 2'nci maddesi BCK'nun 7'nci maddesinde değişiklik yaparak hapis cezası ve adli para cezası yanında müstakil ceza olarak “çalışma cezasını” asliye ceza (correctionele zaken) ve sulh ceza (politiezaaken) davalarında uygulanabilecek bir ceza olarak düzenlemiştir. Ancak hapis cezası ile çalışma cezasının birlikte verilme imkanı bulunmamaktadır. Adli para cezaları ile çalışma cezasının birlikte hüküm altına alınması yasaklanmış değildir. Burada özellikle çalışma cezasının hapis cezasına bir alternatif olarak uygulamaya konulduğu vurgusu net olarak ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucu, uygun suçlar bakımından ya çalışma cezasını ya da hapis cezasının verilmesini kesin ifadelerle belirterek birbirlerinin alternatifi olduklarını düzenlemiştir.

Kanun'un 3'üncü maddesi ile BCK'nun 1'inci kitabının 2'nci kısmına “*Çalışma Cezası*” başlığını taşıyan ve madde 37 *bis*'ten sonra gelmek üzere “*Bölüm Vbis*” adlı bir bölüm eklenmiştir. Çalışma cezası ile ilgili temel kollar bu bölümde düzenlenmiştir. Bu bölümde 37*ter*, 37*quater* ve 37*quinqvis*

³⁶ BEYENS, (Werkstraf), s. 15.

olmak üzere 3 yeni ve uzun madde kaleme alınmıştır. Madde 37ter, çalışma cezasının ne zaman ve nasıl verilebileceğini; 37quater, çalışma cezasının nerede ve nasıl infaz edileceğini; 37quinqis, çalışma cezasının kontrol ve takibinin kim tarafından yapılacağını hüküm altına almıştır. Şu anda yürürlükte olan 17 Nisan 2002 tarihli kanun kendisinden önceki versiyonu olan 29 Mart 2000 tarihli kanun teklifinin aksine “*müstakil ceza olarak kamu yararına çalışma (dienstverlening als autonome straf)*” yerine “*çalışma cezası (werkstraf)*” kavramını kullanmış ve eğitim tedbirini de müstakil ceza olarak düzenlememiştir³⁷.

Çalışma cezasının temel unsurlarının düzenlendiği 3’üncü madde BCK’na bölüm ekleyen bir maddedir. Çalışma cezası düzenlenirken kanun koyucu 1867 yılında yürürlüğe konulmuş olan BCK’nun temel yapısında bir değişikliğe gitmemiştir. Yürürlükte bulunduğu yaklaşık 144 yıl içerisinde çalışma cezası, hapis ve adli para cezasından sonra temel ceza olarak eklenen tek ceza türüdür³⁸.

Hakim, asliye ve sulh ceza davalarında çalışma cezasına karar vermesi durumunda, çalışma cezasının yerine getirilmemesi halinde infazı yapılacak hürriyeti bağlayıcı ceza ya da adli para cezasını da kararında belirtmek zorundadır. Hakim, belirleyeceği hapis ya da adli para cezasını, o eylem için BCK’unda öngörülen ya da somut olayda belirtilen özel nedenlerden dolayı uygulanacak olan hapis ya da adli para cezasını da dikkate almakla yükümlüdür (BCK 37ter§1). Aynı maddenin ikinci paragrafında çalışma cezasının verilemeyeceği kanun maddeleri açıkça belirtilmiştir. Buna göre; BCK 347 bis (rehin alma suçları); 375,376,377(ırza geçme suçları); *çocuklara karşı ya da çocukların iştiraki ile işlenmesi halinde 379’dan 386ter’e* (gençlerin istismarı, fuhuş ve açıkça ahlaka aykırı hareketler); 393’ten 397’ye kadar (cinayet suçları) ve 475’inci (soygunla cinayet) maddelerde *çalışma cezasının verilemeyeceği düzenlenmiştir*. Belirtilen bu istisnalar dışında kanun koyucunun çalışma cezasını sadece kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalara mahsus bir ceza değil, daha geniş bir uygulama alanı ve ağır suçlar için de düşündüğünü belirtmek gerekir³⁹.

³⁷ BEKEN & FLAVEAU, a.g.e., s. 242.

³⁸ Kristel BEYENS & Ivo AERTSEN, “*De autonome werkstraf in België: hoe sterk het karakter?*”, S: 1- 6, Panopticon, Sayı: 27 (4), Yıl: 2006, s.1.

³⁹ BEKEN & FLAVEAU, a.g.e., s. 247.

Çalışma en az 20 saat en fazla 300 saat verilebilir. 45 saat ve daha az miktardaki çalışma cezaları sulh ceza davaları için öngörülen miktardır. Asliye ceza davaları bakımından ise 46 ile 300 saat arasındaki miktarlar geçerlidir (BCK 37ter§ 2). Aynı maddenin ikinci paragrafında, verilen cezanın kararın kesinleşmesinden itibaren 12 ay içerisinde tamamlanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu süre ancak *Probasyon Komisyonu* tarafından re'sen ya da *hükümlünün talebi* ile uzatılabilir. Burada kanun koyucu uzatma bakımından bir kez mi iki kez mi uzatmanın yapılabileceğini ve bu uzatmanın hangi gerekçelerle yapılıp yapılmayacağına ilişkin herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Ki daha önceki 2000 tarihli teklifte hem infaz süresini uzatma hem de uzatma gerekçeleri bakımından sınırlamalar getirilmişti⁴⁰.

Hakkında çalışma cezası verilecek olan kişinin bizzat duruşmada bulunması kendisi bulunamıyorsa avukatının bulunması gerekmektedir. Kendisi doğrudan çalışma cezasını kabul ettiğine dair onay vermesi mümkün olduğu gibi avukatının bu onayı kendisi adına vermesi de mümkündür. Hakim karar vermeden önce mutlaka çalışma cezası ile ilgili sanığı aydınlatması gerekir. Hakim, çalışma cezasına hükmederken mağdurun durumunu da dikkate alabilmektedir. Talebe rağmen çalışma cezasına hükmedilmemesi, mutlaka gerekçeleri ile birlikte kararda belirtilmelidir (BCK 37ter§ 3). BCK'nun sanığın ya da avukatının onayını almayı mecburi kılması ilk etapta ceza olan bir uygulama için anlamsız gelebilir. Çünkü hakim diğer kararları verirken nasıl onaya gerek duymuyorsa bu ceza için de gerek duymayabilirdi. Ancak uygulama açısından kanun koyucunun böyle bir tercihte bulunması iyi bir karardır⁴¹. Hükümlünün çalışmaya hazır ve razı olduğu ceza, çok daha etkili ve anlamlıdır. Onayın sonradan verilebilecek olması ile verilmemesi olasılığında da, infaz sürecini uzatma durumundan öteye bir durum doğmayacaktır. Kanaatimizce çalışma cezasından elde edilecek hedefe göre onayın alınmasının gerekip gerekmediğini tartışmak gerekir. Sırf cezalandırma amacı güden bir anlayışta bu alternatifin diğer cezalardan farklı olarak değerlendirilmesinin bir mantığı gözükmemektedir. Ancak gaye rehabilitasyonla beraber bir cezalandırma anlayışı ise burada uygulamadaki başarı için hükümlünün doğrudan ya da dolaylı onayının alınması her açıdan yararlı olacaktır. Onayın alınmaması angarya yasağı ile çelişiyor gözüküyorsa da Hollanda ve İngiltere uygulaması bunun aksi olabileceğinin örneğidir. Bu ülkelerde özellikle risk değerlendirme

⁴⁰ BEKEN & FLAVEAU, a.g.e., s. 248.

⁴¹ BEKEN & FLAVEAU, a.g.e., s. 248.

sistemi ile hüküm öncesi aşamada hazırlanan sosyal araştırma raporlarının ciddi bir görev yerine getirdiklerini vurgulamak gerekir. Onay alınmayarak ortaya çıkabilecek olumsuzluklar bu iki araç devreye sokularak asgari seviyede tutulmaya çalışılmaktadır.

Hakim, çalışma cezasının süresini belirleme konusunda tek yetkili mercidir. Çalışma cezasının içeriği konusunda ise bir takım saptama ve belirlemeleri kararında yapabilir. Bu infazı yapacak makama hükümlü ile ilgili hangi alan ve çerçevede çalıştırılacağını belirleme bakımından yol göstercektir (BCK 37ter§ 4).

Çalışma cezası, hükümlünün eğitim ve çalışma aktivitelerini de icra ettiği serbest vaktinde ücretsiz olarak yerine getirilir. Bu ceza, devlete ait kamu kurumlarında (belediye ve eyalet gibi) ve kar etme amacı olmayan dernekler veya sosyal, bilimsel ve kültürel amacı olan vakıflarda çalıştırılarak infaz ettirilebilir. Ancak burada kamu kurumları ile derneklerde yapılacak işin hali hazırda ücretli işçiler tarafından yapılan işin yapılması şeklinde olmamalıdır (BCK 37quanter§1). Bu durumda yapılan iş o ücretli çalışan kişinin işinin elinden alınması olarak değerlendirilir ki çalışma cezası bu uygulamaya araç olmamalıdır. Yoksa ücretli çalışanların aşırı iş yükünü rahatlatacak bir çalışma hiç bir zaman yasak kapsamında değerlendirilmemelidir. Dikkat çeken diğer husus ise çalışılacak yerlerin kamu kuruluşları ile vakıf ve derneklerle sınırlandırılmış olmasıdır. Yapılacak çalışma kamu yararına bir hizmet olsa bile, çalışmanın yapılacağı yerin kamu kurumu, vakıf veya dernek olmaması halinde yerine getirilmesi mümkün gözükmemektedir. Örneğin özel bir sağlık kurumunun temizlik işinde ya da sağlık hizmetlerinde görevlendirme bu düzenleme karşısında mümkün değildir⁴².

Denetimli serbestlik uygulamalarında raporlamanın önemi uygulanacak yaptırımların başarısı bakımından büyük öneme sahiptir. Belçika uygulamasında, hükümlü ile ilgili ikamet ettiği yerdeki *adalet evinden*⁴³ sosyal araştırma raporu (maatschappelijke enquête) ile onun daha kısası olan hüküm

⁴² Burada çalışılacak yer bakımından ülkemizde tercih edilen kamu yararına bir işte çalışma kriteri yerine, kamuya yararlı bir iş üreten yerlerden bahsedilmesi, daha sınırlı bir çalışma kriterinin tercih edildiğini göstermektedir. Çalışma cezasının infaz edileceği yerler Belçika hukukunda kanunda sayılan kuruluşlarla (kar amacı olmayan dernek ve vakıflar ile kamu kuruluşları) sınırlıdır. Bu kuruluşlar kamuya yararlı bir iş üreten kuruluşlar olarak kabul edilmektedir. Kanaatimizce bu yaptırımdan elde edilecek sosyal yarar ve toplumun bu yaptırımdaki etkinliğini sınırlayacaktır.

⁴³ Bizim uygulamamızdaki denetimli serbestlik şube müdürlüklerine karşılık gelmektedir.

öncesi rapor istenmesi (beknopt voorlichtingsrapport) savcının, soruşturma hakiminin ve mahkeme yargıcının takdirine bağlıdır (BCK 37^{quanters}§2). Belçika kanun koyucusu burada *ihtiyarilik ilkesini* benimsemiştir. Hüküm öncesi raporun amacı, sanığa en uygun yaptırımın (kamu yararına çalışma, denetimli serbestlik kararı ve çalışma cezası) uygulanmasını değerlendirmektir. Bu raporu daha hızlı ve basit bir şekilde yargılama makamına sunmaktır. Sosyal araştırma raporunda amaç suça karışan kişinin fotoğrafını çekmektir⁴⁴. Sosyal çalışma raporu yada hüküm öncesi raporun zorunlu hale getirilmesi ile ilgili doktrinde, yargılama sürecinin uzayacağı dile getirilmiştir. Kanun koyucunun maddeyi düzenleme şeklinden de böyle bir zorunluluğun olmadığı açıktır⁴⁵. Eğer kanun çalışmayı ceza olarak kabul etmişse, burada hakim in cezalandırma yetkisine fazla müdahalede bulunulmaması gerektiği kanatindeyiz. Ancak kararının isabetli olmasını isteyen her hakim in buna katkı sağlayacak araçlardan azami derecede yararlanması gerektiğini de vurgulamalıyız.

Hükümlülerin çalıştırılacakları yerlerle ilgili adalet evleri her ay hangi yerlerde ne kadar kişi çalıştırılabileceğine ilişkin listesini bölge mahkeme başkanına ve başsavcıya sunar. Bunun dışında talep etmeleri halinde diğer ilgililere de bu liste verilebilir (BCK 37^{quanters}§3). Burada dikkate değer konu, hazırlanacak listenin ayda bir hangi yerde ne kadar kişinin çalıştırılabileceğinin belirtilmesi ile güncellemenin düzenli bir şekilde sağlanacak olmasıdır. Burada elbet denetimli serbestlik görevlilerine her ay ek bir iş yoğunluğundan bahsetmek mümkündür. Fakat kapasiteyi görme ve değerlendirme bakımından yararlı da olmaktadır. Çünkü Belçika’da da kaynakların istenilen oranda denetimli serbestlik kurumlarına ayrıldığını söylemek mümkün değildir. Bu durumda, pratikte uygulanmayan ve rutin yazışma haline gelen bir uygulama olma riski her zaman mevcuttur.

Çalışma cezasına hükmedilen kişi, ikametgahının bulunduğu yerdeki adalet evinin görevlendirdiği bir adalet memuru ile muhatap edilir ve bu memur, kişinin cezasının infazından, denetimli serbestlik komisyonuna karşı sorumlu olan kişi olmaktadır. Adalet memuru düzenli olarak denetimli serbestlik komisyonuna rapor vermektedir (BCK 37^{quinquies}§1). Burada ceza kanunu ile infaza ilişkin bir yetki kuralı tespit edilmiştir. Kararın kesinleşmesi ile kararın verildiği yerdeki mahkeme görevlisi, yetkili denetimli serbestlik komisyonu başkanına ve adalet evine 24 saat içerisinde haber verme

⁴⁴ BEYENS, (Community Service), s. 8.

⁴⁵ BEKEN & FLAVEAU, a.g.e., s. 250.

sorumluluğu vardır. Burada kesin bir süreden bahsetmek mümkün değildir. Sürenin aşılmasının bir yaptırımı yoktur. Ancak kanunda kullanılan ifadeden düzenleyici bir süre olduğunu söyleyebiliriz. Denetimli serbestlik komisyonuna hükümlünün açık kimliği bildirildikten sonra 7 iş günü içerisinde komisyon hükümlüye imzalı bir bildirim yazısı göndermektedir. Eğer avukatı varsa onu da haberdar etmektedir (BCK 37^{quinqies}2).

Adalet memuru, hükümlü ile görüşme yaptıktan sonra kendi önem verdiği hususları, somut olayda dikkate alarak çalışma cezasının somutlaşmasını sağlar. Bu somutlaştırma görevi, çalışma cezasının infaz edilmemesi ya da kısmen infaz edilmesi durumunda denetimli serbestlik komisyonu tarafından re'sen ya da savcı veya hükümlü tarafından talep üzere yapılan uyarlamalardan sonraki aşamalar da devam etmektedir. Görevli adalet memuru, infazla ilgili detayları içeren bu planı kararı veren mahkeme hakimine, savcılığa ve denetimli serbestlik komisyonuna resmi tatil günleri ve hafta sonları hariç 3 gün içinde yazılı olarak gönderir (BCK 37^{quinqies}3).

Cezanın tamamı infaz edilmiyor ya da eksik infaz ediliyorsa adalet memuru bu durumu derhal denetimli serbestlik komisyonuna bildirmek zorundadır. Hükümlünün dosyasının komisyonda görüşülme tarihinden en az 10 gün önce, hükümlü ve kararı veren mahkeme hakimi yazılı olarak görüşme gününden haberdar edilir. Beş gün boyunca mahkeme hakimi ile hükümlü arasında dosya üzerinde görüşmeler yapılır. Denetimli serbestlik komisyonu, yerine geçecek cezayı gerekçeli olarak savcının yokluğunda karara bağlar. Komisyonca verilen bu karar hükümlüye, savcıya, adalet memuruna ve kararı veren mahkemeye bildirilir. Savcılık, infaz edilmeyen ya da eksik infaz edilen çalışma cezasının yerine verilen hapis cezası ya da adli para cezasının infazı ile ilgili karar verir. Verilen bu cezanın infazında daha önce çalışılan süreler savcılıkça dikkate alınır (BCK 37^{quinqies}4). Kanun koyucu burada savcılık makamına, önceden çalışılan sürelerin mahsubu konusunda bir takdir hakkı vermemiştir. Başka bir ifade ile savcılık makamı çalışılan süreyi mutlaka dikkate almak zorundadır. Fakat kaç saat çalışma cezasının kaç gün hapis cezasına ya da adli para cezasına karşılık geleceğinin düzenlenmemiş olması pratikte farklı uygulamalara sebebiyet vermiştir. Kanunda yer alan “*hesaba katmalı*” dan ne anlaşılmalı? Bu haliyle keyfiliğe sebebiyet verilmiyor mu? Böyle bir belirlenimin olmayışı aynı zamanda “*cezaların kanuniliği ilkesine*” de aykırılık

teşkil etmez mi?⁴⁶ İfade edildiği şekliyle çalışma cezasının infazının yerine getirilmemesinde ya da eksik yerine getirilmesinde adalet duygusunu zedeleyebilecek sonuçlar doğabilecektir. Özellikle 5 yıla kadar hapis cezasını kapsayan cezaların bu kapsamda değerlendirilebileceği düşünülürse üst sınır ile alt sınır nasıl dengelenecek ya da adalet nasıl tesis edilecektir? Bizim kanaatimiz, açık bir dönüşüm kuralının ifade edilen “*cezaların kanuniliği*” ilkesinin de bir gereği olduğudur.

Açıklamalardan da anlaşıldığı şekilde infaz sürecinde iki aktörün etkili olduğunu vurgulamakta fayda vardır. Adalet memurları olarak adlandırdığımız kişiler çalışma cezasının doğrudan takibinden sorumlu olan ve infaz aşamasının en önemli kişileridir. Diğeri ise denetimli serbestlik komisyonudur. Bu komisyon ise çalışma cezasının denetiminden sorumludur⁴⁷.

BCK'nun 58'inci maddesinin ikinci fıkrası çalışma cezasının en fazla 300 saat olarak verilebileceğini düzenlemiştir. BCK'nun 85'inci maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişikliklerle de hafifletici nedenlerin varlığı halinde asliye ceza mahkemelerinin görev alanına girebilecek davalarda çalışma cezasının 45 saatten daha az olamayacağı hüküm altına alınmıştır. Sulh ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından ise asgari sınır 20 saat olarak belirlenmiştir.

17 Nisan 2002 tarihli kanunda teşebbüs, tekerrür ve iştirak ile ilgili özel düzenlemeler yoktur. BCK'nda yer alan bu kurumlara ilişkin genel hükümlerden esinlenerek bir açıklama yapmak mümkündür.

Teşebbüste, kabahat ve cürüm ayırımına yer veren BCK'nun ceza kanununda kabahat olarak düzenlediği eylemlerde teşebbüs mümkün olmadığından cezalandırmaya gitmek mümkün olmayacaktır. Ancak cürümler bakımından, ceza kanununda işlenen cürüm bakımından teşebbüs aşamasında cezalandırma suç olarak öngörülmüşse; bu eyleme ceza olarak teşebbüs için öngörülen hapis cezasına kıyasla bir çalışma cezası hesabı yapılarak ceza vermek mümkün olacaktır. İştirak bakımından da aynı yol izlenerek bir sonuca varmak gerekir. İlk önce iştirakle ilgili BCK'nun 66, 67 ve 69'uncu maddelerindeki hükümlerin uygulanması ile hapis cezası olarak bir süre ortaya çıkacak ve bu süre çalışma cezasının saat olarak hesaplanmasına esas alınacaktır⁴⁸.

⁴⁶ BEKEN & FLAVEAU, a.g.e., s. 253.

⁴⁷ BEKEN & FLAVEAU, a.g.e., s. 251.

⁴⁸ BEKEN & FLAVEAU, a.g.e., s. 253.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, yapılan bu hesaplamaların sadece hapis cezası verildiğinde, verilecek ceza ile çalışma cezasının saat olarak verilmesinde, hakkaniyetin mümkün olduğu kadar sağlanması gerektiğidir. Burada hapis cezasının miktarı ile saat miktarının bir hesap dahilinde orantılı olması adalet açısından önem arz etmektedir. Bir günün çalışma cezasında saat olarak karşılığının açıkça hüküm altına alınmadığı ülkelerde bu dengeyi ve hakkaniyeti tesis etmek her zaman kolay olmamaktadır. Burada hapis cezası bağlantılı bir açıklamaya gidiliyor olsa da bu mahkeme kararında detayları ile belirtilecek bir konu değildir. Çalışma cezası müstakil bir cezadır ve hükümde doğrudan saat olarak hükmedilecektir.

Tekerrür bakımından bu kadar kolay sonuca varmak mümkün değildir. Tekerrür hükümleri ile ilgili hükümler BCK'nun 56 ve 57'nci maddeleridir. BCK'nun 56'ncı maddesi konumuz bakımından değerlendirilmeye muhtaçtır. Tekerrür düzenlenirken daha önce mahkum olan bir kişinin 8 gün ile 5 yıl arasında bir hapis cezası gerektiren bir suçtan mahkum olursa, bu ikinci suç için verilebilecek ceza hapis cezasının 2 katı olan 10 yıl olabilir. Burada çalışma cezası için bir hüküm getirilmiş değildir. Dolayısıyla çalışma cezasının da 2 kat artırılarak 600 saat çalışma cezasının verilebileceği tartışmalıdır. Kanun metninden 600 saat hapis cezasının verilebileceğine ilişkin açık bir hüküm olmadıkça böyle bir artırımın yapılmayacağı savunulmaktadır. Bunun için kanun koyucunun bu durumu açıkça ifade etmesi gereklidir⁴⁹. Kanun, en fazla 300 saat verilebileceğine bir istisna getirmemiş olduğundan, bu yorumun kanun çerçevesinde savunulması zor gözükmektedir. Ancak doktrinde bu görüşün aksini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Vandromme ve Rozie kanunun açık hükmüne rağmen tekerrür esasların da bir ayırım yapılmayarak 2 katı olan 600 saate hükmedilebileceğini savunmaktadır⁵⁰.

Çalışma cezasına ilişkin kanunun 15/2'nci fıkrasında, kanunun yürürlüğü girdiği tarihten itibaren 18'inci ayda, çalışma cezasının uygulamadaki durumu ile ilgili bir değerlendirme raporunun hazırlanması zorunluluğu getirilmiştir.

Mahkumiyetin sabıka kaydına yazılması bakımından çalışma cezası ile ilgili özel bir düzenleme yapılmamıştır. BCUK'nun 590/1'inci fıkrası, mahkumiyet hükümlerinin ceza siciline kayıt edileceğine hükmetmiştir. Bu maddeden çalışma cezasının verilebildiği sulh ceza ve asliye cezanın görev alanına giren suçların da sicile kaydedilmesi gerektiği sonucu çıkarılmaktadır. Fakat

⁴⁹ BEKEN & FLAVEAU, a.g.e., s. 254.

⁵⁰ BEYENS, (Werkstraf), bkz. dn. 8 s. 9.

burada çalışma cezası verilmiş olan mahkumiyetler bakımından pozitif bir ayrımın yapıldığını görüyoruz. Çalışma cezasına mahkum olmuş hükümlünün sicil kaydı idari nitelikte bir organın talep etmesi halinde erişime açık değildir. Bu sicil kaydına ancak mahkemeler, savcılık ve soruşturma hakimi ulaşabilir (BCUK 593). Dolayısıyla çalışma cezasına mahkum olan bir hükümlü iş başvurusunda bulunduğu vakit sicilinde böyle bir kayıt gözükmeyecektir. Sicil kaydı yalnızca yargılama erkinin kişi hakkında verilecek başka bir cezanın bireyselleştirilmesi için kullanılmaktadır. Bu düzenleme ile Belçika kanun koyucusu çalışma cezasının müstakil ceza olarak ceza kanununda düzenlenmesini salt ceza olarak görmemiş, onun önceki versiyonu olan kamu yararına çalışmada daha ön planda olan ıslaha yönelik görev icra etmesini de kısmen korumuştur.

Hürriyeti bağlayıcı cezanın sabıka kaydına girdiği düşünüldüğünde, çalışma cezası bakımından bu uygulamanın tercih edilmemesinin çok olumlu bir kazanç olduğunu belirtmek gerekir. Burada özellikle sabıka kaydına girmemesi için devamlı çalışma cezası isteyen fakat sonunda bu çalışma cezasını da yerine getirmeyerek, bu ceza karşılığında öngörülen adli para cezasına ya da hapis cezasına mahkum olmak isteyen hükümlülere dikkat çekmek gerekir⁵¹. Bu durum, bir nevi kanuna karşı hile yolunu kullanarak bu hakkın kötüye kullanılmasını doğurabilir. Bu tür kötüye kullanmaların önüne geçmek, sağlıklı ve detaylı bir raporlamanın önemini bu sistem açısından daha hayati hale getirmektedir. Raporlamayı önemli hale getiren diğer bir uygulama da, çalışma cezasının sabıka kaydı olan hükümlüler bakımından yasaklanmamasıdır. Aksi takdirde çalışma cezasında da hedeflenen amaçlara ulaşmakta güçlüklerle karşılaşılacaktır⁵².

4. ÇALIŞMA CEZASININ İSTATİSTİKİ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu bölümde çalışma cezası ile ilgili tutulan istatistiki veriler ışığında değerlendirmelere yer verilecektir. Sayılarla çalışma cezasının yıllar içerisinde vardığı ya da varamadığı hedefler konusunda yorumlar yapılacaktır. Sayısal veriler Belçika Adalet Bakanlığı'nın kendi yayınlarında belirtilen verilerdir.

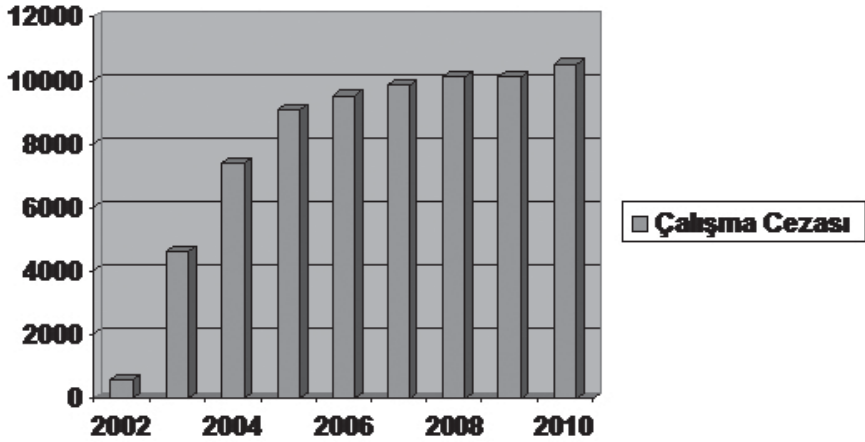
A. Çalışma Cezasının Yıllara Göre Dağılımı

2002 - 2009 arası yıllara ait tablonun incelenmesinde, karar organları tarafından çalışma cezasına olan ilgi yıllara göre artış göstermiştir. Kanunun

⁵¹ DOMINICUS, a.g.e., s. 56.

⁵² DOMINICUS, a.g.e., s. 56.

yürürlüğe girdiği 2002 yılı mayıs ayından 2009 yılına kadar sırasıyla 556, 4597, 7405, 9067, 9524, 9847, 10131, 10112 ve 10516 dava işlem görmüştür. Bu durum kamu yararına çalışmanın aksine olan bir durumdur. Tedbirden vazgeçilmesi nedenlerinden bir tanesi de, tedbire olan ilgisizliğin çalışma cezasına geçişi zorunlu kıldığıdır. Hakimlerin çalışma cezasını bir ceza olarak kabul etmeleri başarıda önemli bir etkidir. Rakamlarda bu durumu teyit etmektedir.



Kaynak: Justitie in Cijfers 2010

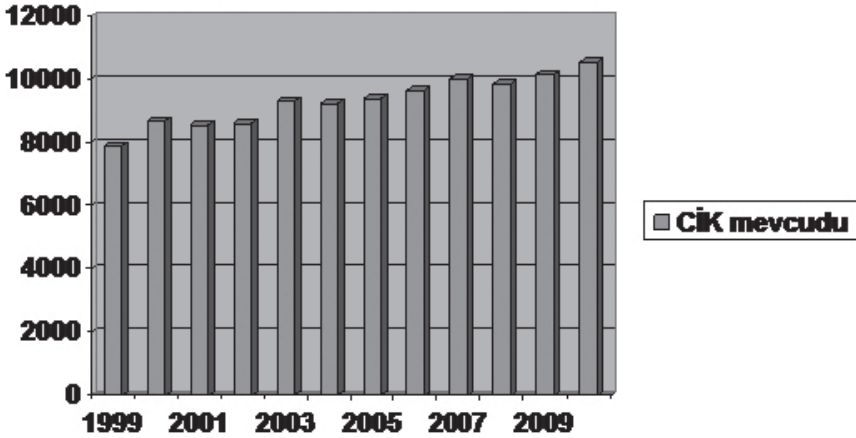
2003'den 2009'a kadar olan sayısal artış %120 olarak gerçekleşmiştir. Çalışma cezasının verildiği mahkemelere bakıldığında, %58'le asliye ceza mahkemelerinin, kararların yaklaşık 3/5'ine hükmettiğini görmekteyiz. Sulh ceza mahkemesince verilen çalışma cezası oranı ise %34'dür. Kalan %8 ise istinaf mahkemesince verilen kararlardır. Burada özellikle ceza mahkemelerinde 2009 yılında gelen tüm davalar içerisinde çalışma cezası verilme oranının %30 olduğunu vurgulamak gerekmektedir⁵³. 2010 yılında çalışma cezası kararlarının 8500'ü sorunsuz infaz edilmiş, 1346'sı başarısızlıkla sonuçlanmış, 542 tanesi infaz kabiliyeti yoksunluğu veya devam ettirilmemiş ve 49 tanesi de ölüm nedeniyle sona ermiştir. 2010 yılında %81 gibi yüksek bir oran ile kararların infazı başarı ile sonuçlandırılmıştır⁵⁴. 2010 yılında Flaman ve Valon bölgelerinde kararı veren mahkemeler bakımından da farklı

⁵³ Justitie in Cijfers 2010, s. 66.

⁵⁴ FEDERALE OVERHEIDS DIENST JUSTITIE (FOD), Directoraat- Generaal Justitieuhuizen, Activiteitenrapport Jaarverslag, Brussel, 2010, s. 251- 256.

oranlar karşımıza çıkmaktadır. Flaman bölgesinde çalışma cezası kararlarının %78'i asliye ceza mahkemelerince, % 21'i ise sulh ceza mahkemelerince hüküm altına alınmıştır (%1 diğer). Bu oranlar Valon bölgesinde bu kadar yüksek değildir. Valon bölgesinde çalışma cezalarının %48'i asliye ceza mahkemelerince %47'si ise sulh ceza mahkemelerince karara bağlanmıştır (% 5 diğer)⁵⁵. Burada şu sonuca varmak mümkündür. Flaman bölgesi hakimlerinin daha ağır cezayı gerektiren suçlar bakımından çalışma cezasını cesaretle ve yoğun bir şekilde kullanmalarına karşılık Valon bölgesinde asliye ceza ile sulh ceza hakimlerinin eşit oranda çalışma cezasına hükmettiklerini ve belirgin bir farkın olmadığını belirtmek gerekir. Ancak Valon bölgesindeki bazı merkezlerde (Aarlen ve Marche –en- Famenne gibi) sulh ceza mahkemelerinin çalışma cezası verme konusunda daha istekli oldukları⁵⁶ dikkate alındığında Valon bölgesinde görev yapan hakimlerinin çalışma cezasını daha hafif suçlar için uygulamayı tercih ettiklerini söylemek mümkündür.

Yıllara göre çalışma cezasına olan ilgideki artış acaba ceza infaz kurumlarının mevcudunda bir azalmaya neden olmuş mudur? Başka bir ifadeyle çalışma cezası yürürlüğe konuluş nedenlerinden bir diğeri olan kapasite sorunu çözülmüş veya ceza infaz kurumlarında ki hükümlü sayısını azaltabilmiş midir?



Kaynak: Justitie in Cijfers 2010

2010 yılında 10.561 mahkumla devamlı bir artış trendini takip eden ceza infaz kurumlarındaki mevcut dikkatlice incelendiğinde özellikle

⁵⁵ Jaarverslag 2010, s. 268.

⁵⁶ Jaarverslag 2010, s. 268.

çalışma cezasının da ceza olarak yürürlüğe konulduğu 2002 yılından sonra da azalmamış, artmıştır. Bu artış 2011 yılında da devam etmiş ve 11.000'i aşmıştır.

Salt sayısal veriler ışığında çalışma cezasının daha çok cezalandırmayı beraberinde getirdiğini ifade etmek mümkündür. Her ne kadar tek değerlendirme kriteri olarak bu rakamları kabul etmek doğru olmasa da ceza infaz kurumlarındaki sayıyı azaltma yönüyle de bir başarıdan söz etmek mümkün değildir. Ancak bu kesinlikle çalışma cezası bakımından daha çok yönlü bir değerlendirme, inceleme ve araştırma yapılması zorunluluğuna işaret etmektedir. Bu değerlendirme, inceleme ve araştırmalar özellikle çalışma cezasının infazı, sistem içerisindeki uyumu ve deneyimler konusunda yapılmalıdır⁵⁷.

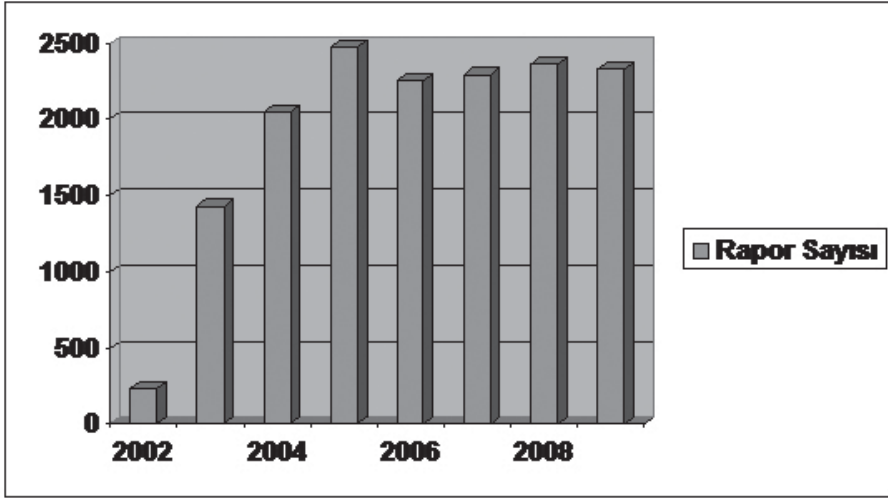
B. Çalışma Cezası Verilirken ya da Verilmek İstenmesi Durumunda “Sosyal Araştırma Raporu” ile “Hüküm Öncesi Rapor” Kullanımı

Çalışma cezası verilirken daha önce de ifade edildiği gibi hüküm öncesi rapor ile sosyal araştırma raporunun alınması zorunluluğu bulunmamaktadır. Kanun koyucu burada raporların istenmesini takdire bırakmıştır. Çalışma cezası ile ilgili olarak 2002'den 2009'a kadar sırasıyla, 233, 1431, 2051, 2478, 2253, 2293, 2366, 2332 rapor talep edilmiştir. 2332 sayısı 2009 yılında hazırlanan toplam 12.864 raporun %18'ine karşılık gelmektedir⁵⁸. Bu sayı, sosyal araştırma raporları ile hüküm öncesi raporların toplamıdır. Burada görüleceği üzere artış olsa dahi bu artış çalışma cezası verilmeye oranla sınırlı kalmaktadır. Mahkeme ve savcılıklar rapor isteme konusunda çalışma cezasına hükmetmeye oranla istekli değiller. Dikkat çekici diğer bir husus ise en fazla raporun hazırlandığı 2005 yılında raporların %46'sını savcılıkların, %41'ini sulh ceza mahkemelerinin ve %8'ini de asliye ceza mahkemelerinin talep ettiği. İstenen raporların %72'si hüküm öncesi rapor ve %28'i de sosyal araştırma raporudur⁵⁹. Bu sayılar da göstermektedir ki, savcılar raporların istenmesi konusunda hakimlerden daha istekliler. Soruşturma evresindeki rapor talebi, yargılamanın uzamasına yönelik eleştirileri de bertaraf edebilecek en uygun dönemdir.

⁵⁷ BEYENS, (Werkstraf), s. 17.

⁵⁸ Justitie in Cijfers 2010, s. 65.

⁵⁹ DOMINICUS, a.g.e., s. 44.



Kaynak: Justitie in Cijfers 2010

C. Çalışma Cezasının Verildiği Suçlar

BCK, çalışma cezasının verilebileceği suçların bir kısmına nitelikleri gereği hükmedebilme imkanını yasaklamak suretiyle engellemiştir. BCK'nun 37ter maddesi bu istisnaları madde madde belirtmiştir. Bu yasaklanan suçlar dışında çalışma cezasının suç çeşitliliği bakımından geniş bir alanda uygulama alanı bulduğunu istatistikler bize açıkça göstermektedir.

2005 yılı verileri ile çalışma cezalarının %41'i o yıl itibariyle trafik suçlarına verilmiştir. Trafik suçları kavramı, basit suçlar olarak algılamamak gerekir. Burada normal sulh ceza sınırı olan 46 saat çalışma cezasından fazla cezalara da hükmedilebilecektir. Trafik suçları sulh ceza mahkemesinin görev alanında olsalar dahi cezalar asliye ceza mahkemesinin verebileceği sınırlar içerisinde olabilir (özellikle ağır adli para cezaları). Dolayısıyla ağır cezayı gerektiren suçlara da bu açıklamalar ışığında çalışma cezası verilebilir. İkinci kategori olarak çalışma cezaları mala karşı işlenen suçlarda verilmektedir (%26). Şiddet, hırsızlık ve zarar verme suçları bu kapsamda sayılabilir. Çalışma cezalarının 2005 yılı itibariyle en fazla verildiği diğer suç tipleri şahsa karşı işlenen suçlardır (%16). Yaralama ve vurma suçları bu kategoriye örnek verilebilir. %10 kadar bir oran da uyuşturucu suçlarıdır. Burada uyuşturucu suçları bakımından kesinlikle bir bağımlılık durumunun

varlığı söz konusu değildir. Bağımlılar dışındaki uyuşturucu suçları çalışma cezalarının verilebileceği suç tipidir. %7'lik diğer bir kısım da özellikle kamu düzenini bozma kategorisinde kabul edilebilecek olan suçlar ile BCK madde 37ter kapsamında olmayan cinsel suçları oluşturmaktadır⁶⁰.

Trafik suçlarının sayısı olarak bu kadar çok olması aslında çalışma cezasının ceza infaz kurumları mevcudunu azaltamamasına yönelik eleştirilerden biri olmuştur. Trafik suçları ağırlıklı olarak zaten hapis cezası verilemeyen suçlardır. Böyle olunca, yaklaşık yarısı trafik suçu kökenli olan çalışma cezalarının, hapis cezası yerine geçme iddiası zayıf kalmaktadır. Dolayısıyla, ceza infaz kurumlarının mevcudunun azaltılmasının da da doğrudan bir etkisi olamamıştır⁶¹. Çalışma cezalarının uygulanabileceği suç türleri çok olsa dahi hakimlerin hangi suçlara çalışma cezası verecekleri, çalışma cezasından beklenen faydanın ne olması gerektiği ile bağlantılıdır. Salt kuralların ve kurumların varlığı uygulamada dirençle karşılaşılabilir. Düzenlemeler yanında uygulayıcıların bilgilendirilmesi düzenlemeyi yapmak kadar önemlidir. Bu anlamda çalışma cezası uygulamaya, kanunlardaki düzenleme şekline göre amaçları belirlenebilen “*bukalemun ceza*”⁶² olarak önemli bir görev yerine getirebilir.

D.Çalışma Cezasının Kaç Saat Verildiği

Çalışma cezasının saat olarak verilmiş süresi ile hangi suçlar bakımından kaç saat ceza verildiği hakimlerin bu cezaya olan ilgisini ve hangi sınırlar içerisinde bu cezaya geçit verdiklerini açıklamak bakımından önemlidir. BCK'na göre çalışma cezası 300 saat verilebiliyor. Bu miktar mükerrer suçlularda 600 saate kadar çıkabiliyor. 2005 yılında dikkat çeken husus şudur ki; hükme bağlanmış çalışma cezalarının %80'nden biraz fazlası 120 saat ve altında olan çalışma cezalarıdır. Bu toplam o yılın kararları içerisinde %40'a karşılık gelmektedir. %80'in içerisinde ise en fazla 46 saat ile 60 saat arasında verilen çalışma cezaları yer almaktadır⁶³. 46 saatlik miktarın asliye ceza mahkemelerince çalışma cezasına verilebilecek asgari sınır olduğu düşünülürse, mahkemelerin cezalandırma iradesini asgari sınırdan kullanmaya daha eğilimli olduğu sonucu çıkmaktadır. Aynı yıla ait kararların %8'i ise 196 saat ve üzerinde verilen çalışma cezalarıdır. 2002 ve 2003 yıllarındaki

⁶⁰ DOMINICUS, a.g.e., s. 46.

⁶¹ DOMINICUS, a.g.e., s. 46.

⁶² Anton M. Van KALMTHOUT, “ De werkstraf in vergelijking perspectief”, S: 19- 33, Panopticon, Sayı: 27 (4), Yıl: 2006, s. 31- 32.; BEYENS, (Werkstraf), s. 14-15.

⁶³ DOMINICUS, a.g.e., s. 46.

oranla karşılaştırıldığında bu oranın %2.5'lük bir düşüş anlamına geldiğini söylemek gerekir. Aynı düşüş 300 saat ve üzeri çalışma cezası verme oranında da geçerlidir. 2002-2003 döneminde % 0.5 olan oran %0.2'ye gerilemiştir⁶⁴. Burada verilen çalışma saati cezasından hafif suçlara bu cezanın uygulandığı sonucu çıkarılabiliyor ise de, çalışma saatinin kaç gün hapis cezası karşılığı verildiğine ilişkin dönüşüm kuralının olmayışı nedeniyle bu değerlendirme kesinlik arz etmemektedir. Çünkü 4 yıl ya da 5 yıl hapis cezası öngörülen bir eylem için 50 saat çalışma cezası verilebileceği gibi 2 yıl hapis cezası gerektiren eylem için de aynı miktarda çalışma cezası verilebilir. Bu nedenle bir gün hapis cezasının karşılığının ne kadar saate karşılık geldiği mutlaka düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu uygulamada adaletin tesisini hakimden hakime farklılık göstermesine engel olacaktır. Aynı şekilde ihlal halinde çalışma cezasının hapis cezasına çevrilmesinde de dönüşüm kuralının varlığı aynı düşünce ile gereklidir. Cezaların kanuniliği ilkesinin, bir ceza olan çalışma cezası bakımından da dikkate alınmalıdır.

E. Çalışma Cezasının Verildiği Kişiler ve Yaş Sınırları

Çalışma cezası en fazla %43'lük bir oranla 18-25 yaş aralığında bulunan kişilere verilmiştir (2005). 26-35 yaş aralığında olanlara %30, 36-45 yaş aralığında olanlara %17, 45 yaşından büyük olanlara %9 ve 18 yaşından küçük olanlara ise verilen tüm çalışma cezalarının %1'i verilmiştir.

Çalışma cezası verilen kişiler ne işle ilgilenmektedirler? Daha çok kimlere çalışma cezası verilmektedir? Yine aynı yılın rakamlarında aktif olarak çalışanlar kategorisinde kendi işinde çalışanlar %2.4, belirsiz süreli bir sözleşmeyle bir yerde çalışanlara %25.5, belirli süreli sözleşmeyle çalışanlara %4.8, geçici sözleşme ile çalışanlara %2.2 ve son olarak memurlara %5 oranında toplam %35'lik bir oranla fiilen çalışan grubuna çalışma cezası verilmiştir. Aktif olarak çalışmayan kategorisi %39 ile çalışma cezasının verildiği en büyük gruptur. Bu grupta %23.8'le işsizlik kasasından yararlananlar, %5.9'la sosyal yardım kuruluşundan yararlananlar, %1.6'yla hastalık kasasından yararlananlar, %1.3'le emekli olanlar, % 3.6'yla hiçbir şekilde ödenek almayanlar, %0.2'yle iş kazası kasasından yararlananlar ve %1.8 ile özürlü kasasından yardım alanlar yer almaktadır. Kalan %11 öğrenciler ve %15 ise bilinmeyen kategorisi olarak kayıtlarda yer almaktadır. Bu oranlar önceki yıllara ait oranlarla da benzerlik göstermektedir⁶⁵.

⁶⁴ DOMINICUS, a.g.e., s. 46.

⁶⁵ DOMINICUS, a.g.e., s. 48, 49.

5. SONUÇ

Dünya'daki gelişmelere paralel olarak Belçika ceza adalet sisteminde de değişikliklerin yapılması ihtiyacı kendisini göstermiştir. Konumuz bakımından ilk değişikliklik 1964 tarihli EPK ile başlamıştır. Bu kanun ile denetimli serbestlik yaptırımı ve şartlı erteleme gibi hükümlünün cezalandırılması yanında rehabilitasyonunu da dikkate alan uygulamalar ceza adalet sisteminin parçası haline gelmiştir. Aydınlanma döneminin de etkisiyle 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren hapis cezasının hükümlüde faydadan ziyade zarara neden olduğuna yönelik eleştiriler ceza hukukçularını arayışa itmiştir. Belçika bu anlamda ilk tepkisini 1964 yılında bahsedilen kanun ile vermiş ve bu kanunla, hükümlülerin denetimli serbestlik kapsamında kalan kararlarını, ihlal yada infaz edilmeme durumuna göre tekrar değerlendiren “*denetimli serbestlik komisyonu*” kurulmuştur.

17 Nisan 2002 tarihli kanun, çalışma cezasını müstakil bir ceza olarak ceza kanununda düzenleyen kanundur. Bu kanun ile BCK'nda sistematik değişikliğe gidilmemiş, çalışma cezasına yönelik özel bir bölüm oluşturularak ana ilkeler burada belirlenmiştir. Buna ek olarak BCUK ile EPK'nda değişikliklere gidilmiştir. Kanun, ceza kanununda yer alan suçlara saat esaslı ile teker teker kaç saat ceza verilebileceğine ilişkin düzenleme yapmayı tercih etmemiştir. Bunun yerine asliye ceza ve sulh ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar bakımından kural olarak çalışma cezasına hükmedilebileceğini düzenlemiştir. Bu mahkemelerin görev alanına girmekle birlikte, çalışma cezası verilemeyecek olan suçları ise ayrı bir madde ile istisna tutarak uygulamada toplumsal vicdanı rahatsız edecek uygulamalardan kaçınmayı tercih etmiştir. Kanun, ihlal halinde çalışma cezasının kaç gün karşılığında hapis yada adli para cezasına çevrileceğine, tekerrür ve birden fazla suçun varlığı halinde çalışma cezasının üst sınırının aşıp aşılmayacağı konusu ile çalışma cezasının rehabilitasyon ve cezalandırma amaçlarından hangisine ağırlık verdiğini açıkça düzenlememiş olması bakımından eleştirilmektedir.

Çalışma cezası Belçika Hukuku'nda 1994 yılından itibaren “*kamu yararına çalışma*” olarak adlandırabileceğimiz 8 yıllık tecrübe ve birikimin devamı olarak hapis ve adli para cezası yanında üçüncü temel ceza olarak BCK'na girmiştir. Dünya'daki örneklerde de benzer sürecin uygulandığını görmek mümkündür (İngiltere, Hollanda). 2002 yılından bugüne kadar ki uygulamada çalışma cezasına olan ilginin yıldan yıla artan bir oranda

olduğunu söylemek gerekir. Bu artış oranı çalışma cezasının önceki versiyonu olan kamu yararına çalışmada elde edilemeyen bir başarıdır. Yargılama organı çalışma cezasını ceza olarak kabul ederek gereken ilgiyi göstermiştir.

Belçika uygulaması bakımından çalışma cezası, klasik cezalandırma anlayışının sahip olduğu orantılılık, cezalandırma ve korkutma unsurlarını rehabilitasyon ağırlıklı bir amaçtan daha çok bünyesinde taşımaktadır ki bu amaç kamu yararına çalışma bakımından mevcut olmayan bir durum idi. Özellikle sosyal araştırma raporunun istenmesi zorunluluğunun bulunmayışı suçu işleyen kişi endeksli bir bakış açısından ziyade, işlenen eylem endeksli bir bakış açısının daha ön planda olduğunu ve bu durumun klasik cezalandırma anlayışına uygun olarak çalışma cezasının başarısına açıklama hizmet etmiştir⁶⁶.

Belçika kanun koyucusu çalışma cezasının uygulanabilmesi için engellemelerden mümkün olduğu kadar kaçınmıştır. Çalışma cezası bir kısım suçlar dışında geniş bir alanda uygulanabilme imkanına sahiptir. Kişinin şahsen duruşmada bulunma mecburiyeti yoktur. Kişinin geçmişi çalışma cezasının verilebilmesi açısından bir engel teşkil etmemektedir. Çalışma cezası kişinin sabıka kaydında gözükmemekte, sadece polis ve yargılama makamlarının erişimine açık özel bir sicilde kaydedilmektedir⁶⁷.

Çalışma cezasının mültifonksiyonel karakteri sayesinde tüm taraflar çalışma cezasında kendilerinden bir parça bulmaktadırlar. Bu çalışma cezasının sayısal olarak başarılı olması altında yatan başlıca nedendir. Çalışma cezasına tercih ve diyalog imkanı tanınmakta, yargıç bu yaptırımı, kamu yararına çalışmanın aksine ceza olarak kabul etmekte, toplum kendisi adına yapılan bir infazdan yararlanmakta ve geri dönüşü görmekte, çalışma cezasının yerine getirildiği yer de topluma katkı sağlayabilme ve insanın topluma tekrar dönüş yapmasında pay sahibi olmaktadır.

Rehabilitasyon ve cezalandırma ekseninde cezalandırma çizgisi daha ağır basan Belçika uygulaması karşısında denetimli serbestlik görevlilerin görev tanımlamaları konusunda da değişikliğe gitmek kaçınılmaz olmuştur. Çalışma cezasının infazında görevli kişiler, kamu yararına çalışmanın

⁶⁶ BEYENS, (Werkstraf), s. 16.

⁶⁷ Bu durum özellikle eleştirilmektedir. Çalışma cezası adli para cezasından daha ağır olan bir ceza olmasına karşılık sabıka kaydında yer almazken, daha hafif olan adli para cezası sabıka kaydında yer almaktadır.

infazında görevli kişilerin oluşturduğu kurum ve çalışma kültürünü devralmış olan ve bu kültürle çalışma cezasını infaz eden kişilerdir. Sosyal yardım içerikli bir görevden denetim ve takip ağırlıklı bir göreve geçişte isteksizlik ve uyuşmazlık olması kaçınılmazdır. Bu haliyle denetimli serbestlik teşkilatının yapılanmasında da değişikliğe gitme ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Bütün bu açıklamalar çerçevesinde çalışma cezasının suç tekrarını önleyiciliği ve geleneksel amacı olan hükümlüye destek ve yardım hedefi olmadan başarı elde edilebilir. Ancak bu başarının sayısal bir başarı ötesinde toplumsal bir başarı olamayacağını belirtmek gerekir. Toplum için ve toplumla birlikte infazı gerçekleştirilecek cezalarda, bu cezaların verileceği hükümlüleri tespit büyük önem arz etmektedir. Sosyal araştırma raporunun daha hızlı ve etkin yapılması olarak ifade edebileceğimiz hükümlü risk değerlendirme sistemlerinin ceza adalet sistemleri içerisinde gittikçe yaygın halde kullanılmasını bu açıdan da vurgulamak gerekir. Uygun kişiler uygun infaz yerlerine uygun rehabilitasyon desteği ile konumlandırılırsa, çalışma cezasının sayısal başarısı yanında asıl çıkış amacı olan sosyal destek ve topluma daha sağlıklı birey dönüşünü sağlama amacını daha sağlıklı yerine getireceğini düşünmek hayal olmaz. Aksi halde cezalandırmanın, infaz kurumu yerine açık hava infaz kurumunda yapılması dışında bir yenilik olmayacaktır. Çalışma cezası, çalışırken düşündürmeli ve düşünmenin sonucu olarak bireyin topluma sağlıklı dönüşünü, denetimli serbestlik personelinin yardımı ile gerçekleştirmelidir.

KAYNAKÇA

- AERTSEN, Ivo & LAUWERT, Katrien:** “Community Sanctions and Measures in Belgium” in: Community sanctions and Measures in Europe and North America, Edited by Hans – Jörg Albrecht and Anton van Kalmthout, S: 43- 78, Ettenheim, 2002.
- BEKEN, Tom Van der & FLAVEAU, Ann:** “*Hard labeur. Een eerste analyse van de wet van 17 April 2002 tot invoering van de werkstraf als autonome straf in correctionele zaken en in politiezaken*”, Tijdschrift Strafrecht, S: 241- 257, Yıl: 2002.
- BEYENS, Kristel:** *Straffen als sociale praktijk*, Een penologische onderzoek naar straftoemeting, Brussel, 2000. (*Straftoemeting*)
- BEYENS, Kristel:** “*De werkstraf als hedendaagse straf*”, S: 7- 18, Panopticon, Sayı: 27 (4), Yıl: 2006. (*Werkstraf*)
- BEYENS, Kristel & AERTSEN, Ivo:** “*De autonome werkstraf in België: hoe sterk het karakter?*”, S: 1- 6, Panopticon, Sayı: 27 (4), Yıl: 2006.
- BEYENS, Kristel:** “*From ‘community service’ to ‘autonomous work penalty’ in Belgium. What’s in a name?*”, S: 4-21, European Journal of Probation, Sayı: 2 (1), Yıl: 2010. (*Community Service*)
- Kristel BEYENS & Veerle SCHEIRS,** “*Encounters of a different kind social enquiry and sentencing in Belgium*”, S: 309- 328, Punishment and Society (SAGE), Sayı: 12(3), Yıl: 2010.
- DOMINICUS, Hans:** “*De werkstraf in België, Eerste bevindingen en ervaringen vanuit de dienst justitiehuisen*”, S: 34- 62, Panopticon, Sayı: 27 (4), Yıl: 2006.
- DURNESCU, Ioan:** “*Community sanctions and measures in Europe. Some results from a recent survey*”, S: 10- 18, Eura Vista Probation and Community Justice, Sayı: 1 (1), Yıl: 2009.
- FEDERALE OVERHEIDS DIENST JUSTITIE (FOD):** Vast Bureau Stastiek en Werklastmeting, Justitie in Cijfers, Brussel, 2010. (*Justitie in Cijfers*)
- FEDERALE OVERHEIDS DIENST JUSTITIE (FOD):** Directoraat-Generaal Justitiehuisen, Activiteitenrapport Jaarverslag, Brussel, 2010. (*Jaarverslag*)

- KALMTHOUT, Anton M. Van:** “*From Community Service to Community Sanctions: Comparative Perspectives*”, in: *Community sanctions and Measures in Europe and North America*, Edited by Hans – Jörg Albrecht and Anton van Kalmthout, S: 573- 603, Ettenheim, 2002. (*Community Service*)
- KALMTHOUT, Anton M. Van:** “De werkstraf in vergelijkend perspectief”, S: 19- 33, *Panopticon*, Sayı: 27 (4), Yıl: 2006. (*Werkstraf*)
- LUYPAERT, Heidi; BEYENS, Kristel; FRANÇOISE, Clémence; KAMINSKI, Dan; M.m.v. JANSSENS, Christine:** “*Werken en leren als straf*”, Brussel, 2007.
- PEASE, Ken:** “*A brief history of community service*”, in: *Community Service by Order*, Edited by Ken Pease and William Mc Williams, S: 1- 13, Edinburgh, 1980.
- WYNGAERT, Chris Van den:** *Strafrecht en Strafprocesrecht in Hoofdlijnen*, tweede volledig herziene en bijgewerkte uitgave, Antwerpen- Apeldoorn, 1994.

NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONAL MODELS IN COMPARATIVE LAW AND THE CASE OF TURKEY

Abdurrahman EREN*

ABSTRACT

Regardless of its specific title in each country, the concept of national human rights institutions is used for the national institutions, which have made the accreditation demonstrating the compliance with the international standards. Having applied to the accreditation procedures, there are many institutions that acquired the quality of national human rights institution as ombudsman and commission model. Although dressed with a wide authorization to choose the institutional models the countries are expected to meet the international standards in line with the model chosen. The subject of this study will be to examine in which models compliant to the international standards national human rights institutions exist, what are the factors taken into consideration by the countries to determine the institution choice and what sort of an institutional structure must be preferred for Turkey.

Key Words: National Human Rights Institutions, human rights, ombudsman, human rights commission, national institutions

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ULUSAL İNSAN HAKLARI KURUM MODELLERİ VE TÜRKİYE'DEKİ DURUM

ÖZET

Ulusal insan hakları kurumları kavramı, her ülke kapsamında kendine özgü adı ne olursa olsun, uluslararası standartlara uygunluğu gösteren akreditasyon işlemini yaptırmış, ulusal kurumlar için kullanılmaktadır. Akreditasyon işlemine başvurarak ulusal insan hakları kurumu niteliğini kazanmış birçok ombudsmanlık ve komisyon modeli kurum bulunmaktadır. Ülkelere kurumsal modelleri seçme yönünde geniş bir takdir yetkisi tanınmış olmakla birlikte, tercih edilen modele uygun olarak uluslararası standartların sağlanması beklenmektedir. Bu çalışmanın konusu, uluslararası standartlara uygun hangi modellerde ulusal insan hakları kurumları bulunduğu, ülkelerin kurum tercihini belirleyen faktörlerin neler olduğu ve Türkiye için nasıl bir kurumsal yapılanma tercih edilmesi gerektiği üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ulusal İnsan Hakları Kurumları, insan hakları, ombudsman, insan hakları komisyonu, ulusal kurumlar

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, aeren70@hotmail.com

Introduction

The idea of defending human rights has a history of approximately 500 years. The notion of defending the rights of the individual against the State came into existence in 17th Century while the normative protection within the frame of constitutional institutions was provided in 18th Century. Towards the end of the 19th Century, the scope of the protection was expanded from the personal and political rights to the social and economic ones. The world wars experienced in the first half of the 20th Century gave rise to the idea that the national protection should be complemented by the international protection. In the third quarter of the century the international standards pertaining to the human rights were determined, while in the last quarter focus was on the institutional mechanisms to provide the implementation. Today, while the perception of national protection to be the core and the international protection to be the secondary perception is adopted; the “international human rights institutions” arose as the “new institutional model” to assume the “role of a bridge” between two levels.

Arisen as the national institutional model the human rights institutions had received significant international contribution at its promotion and deployment stages. The initiatives of the UN Commission on Human Rights for the establishment of “national committees” initialized in 1946 were concluded with the adoption of 1991 “Paris Principles” determining the International Standards for National Institutions by the General Assembly of the UN in year 1993. On the same date, under the auspices of United Nations High Commissioner for Refugees (UNCHR), National Institutions’ International Cooperation Committee (ICC) was established with the aim of determining the compliance to the international standards. Upon the call for the establishment of the national institutions in line with the Paris Principles and the Vienna declaration adopted in World Conference on Human Rights in 1993, the interest in the institutions had been increased. Until this date there were only 8 institutions considered compliant to the international standards, as of today this number is circa 65. In many countries the efforts for the establishment of institutions compliant to the international standards or for rendering compliant the already existing ones still continue.

Regardless of its specific title in each country, the concept of national human rights institutions is used for the national institutions, which have made the accreditation demonstrating the compliance with the international

standards. Having applied to the accreditation procedures, there are many institutions that acquired the quality of national human rights institution as ombudsman and commission model. However, both models may vary within it. In terms of accreditation formalities, some of these structures may be included within the scope of national human rights institution while some are not considered compliant to the standards. Although dressed with a wide authorization to choose the institutional models the countries are expected to meet the international standards in line with the model chosen. Regardless of the model, the institutions that meet the international standards are considered as notified party by the international institutions. For this reason, in the evaluation of accreditation to demonstrate the compliance to the international standards, the international principles are interpreted and implemented differently according to the institutional models.

The subject of this study will be to examine in which models compliant to the international standards national human rights institutions exist, what are the factors taken into consideration by the countries to determine the institution choice and what sort of an institutional structure must be preferred for Turkey. In this way, determining the right direction of the developments related to the national institutions, contribution is aimed to be provided towards the establishment of an appropriate institutional structure.

During the determination of institution models, national institutions from Europe, Asia, Africa and America continents that have completed the “accreditation procedures” to indicate the compliance with the international standards are examined. In the selection of the institutions, the focus was on the institutions in status A that indicates the full compliance to the standards and that have been models to many countries within the frame of law traditions and law systems. In particular, studying different ombudsman and commission models, the diversities in the implementation is demonstrated. In this way, the best, acceptable and non-compliant implementations according to the model to be chosen are aimed to be pointed out.

A. National Human Rights Institution Definition

National Human Rights institution (NHRI) is a concept used not for any ordinary institution dealing with human rights, but for the institutions having a special structure and function in a country¹. In modern democracies,

¹ Full name is “National Human Rights Institutions for the Promotion and Protection of Hu-

there are many institutions handling human rights issues at national level. In general these consist of parliamentary commissions, ombudsman institutions, public organizations and institutions, institutions in quality of public body, non-state organizations, religious institutions, commercial institutions, media organizations and jurisdiction institutions. In terms of structure and function these institutions are divided into two as state actor or non-state actor. This distinction is important in the determination of the functions of the institutions in the protection of the human rights. However, the concept of national human rights institution points out a new and different institutional model apart from the traditional institutions.

There is no international instrument to define the concept of national human rights institution. The first definition related to the concept was done in the “National Human Rights Institutions Handbook” of the United Nations in year 1995. According to this, “the concept of national institution indicates an organ established by the state via constitution or another regulatory act and for which the tasks in the promotion and protection of human rights are

man Rights”. These herein after will be referred as either “National Human Rights Institutions” or “National Institutions. National human rights institutions concept and historical development see. United Nations, National Human Rights Institutions, A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, Professional Training Series No. 4, New York and Geneva, 1995; The Danish Centre for Human Rights, National Human Rights Institutions: Articles and working papers, Edited by Birgit Lindsnaes, Lone Lindholt, Kristine Yigen, Denmark, 2001; Anna-Elina Pohjolainen, The Evolution of National Human Rights Institutions The Role of the United Nations, The Danish Institute for Human Rights, Copenhagen, Denmark, January 2006; Mu’taz Qafisheh, Defining the Role of National Human Rights Institutions With Regard to the United Nations, Institute of International Studies, Geneva, Legan Report Series (36); The Australian Human Rights Centre, National Human Rights Institutions: An Overview of the Asia Pacific Region, International Journal on Minority and Group Rights 7: 207-278, 2000; Rachel Murray, The Role of National Human Rights Institutions at the International and Regional Levels: The Experience of Africa, Oxford And Portland, Oregon, 2007; Amnesty International’s Recommendations on National Human Rights Institution, National Human Rights Institutions, Amnesty International’s Recommendations for effective protection and promotion of human rights, AI INDEX: IOR 40/007/2001, 1 October 2001; Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Handbook on National Human Rights Plan of Action, Professional Training Series No. 10, United Nations, New York And Geneva, 29 August 2002; Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Economic, Social and Cultural Rights, Handbook for National Human Rights Institutions, Professional Training Series No. 12, United Nations, New York and Geneva, 2005.; Yunseon Heo, National Human Rights Institutions in the Asia-Pacific Region: Assessment and Prospect, Graduate School, University of Seoul, Seoul, 2000; International Council on Human Rights Policy, Performance & Legitimacy: National Human Rights Institutions, Geneva, 2000.; Gauthier de Beco, “National Human Rights Institutions in Europe” Human Rights Law Review, 7:2, 2007, 331-370.

defined clearly”². The issues mentioned in the definition are not satisfactory to distinguish the national institutions from the other conventional ones. Furthermore, “another regulatory act” other than the constitution and the law” reflecting the implementation to be conformable to the international standards is a controversial issue.

In 1940’s when the concept was newly started to be discussed, the human rights institution has been used for a very wide scope. The entire structures directly or indirectly interested in the human rights within the national system were considered to be human rights institutions. Within this scope, human rights institutions concept has been used for judicial bodies, legislative committees, non-state organizations, professional organizations, trade unions, social aid organizations, human rights commissions, ombudsman offices and other similar structures³. However, with the decision of the General Assembly of the UN in 1978, after the adoption of the first principles of these institutions the connotation of the concept had been limited. In this way, not the institutions indirectly interested but solely the institutions to handle the human rights issues directly and expressly by the agency of consultancy, education, investigation and awareness are started to be considered as human rights institutions. Within this context, the judicial bodies, non-state organizations, professional organizations and social aid organizations were excluded from the scope of the concept. Although in different quality and has variant characteristics, the concept of national human rights institutions are limited with the “human rights commissions” and “ombudsman” institutions.

Paris Principles introduced some certain concrete principles in terms of structure and power within the frame of the functions expected from such institutions. For the establishment of national institutions in line with these principles, under the auspices of the UN, International Cooperation Committee (ICC) for National Institutions has been established. Ombudsman or human rights commissions conformable to Paris Principles, being subject to the process of “accreditation” demonstrating the conformity, obtain the quality of national human rights institution. With this process carried out under the

² United Nations, National Human Rights Institutions, A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, Professional Training Series No. 4, New York and Geneva, 1995, s. 6, p. 39.

³ United Nations, National Human Rights Institutions, A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, s. 6, p. 36-37.

auspices of the UN, any institution that has obtained the accreditation at status A, regardless of its specific name, is accepted as a “national human rights institution”. Thus, the concept of national human rights institution has started to be used not for any ombudsman or commission but for the national institutions that are in line with Paris Principles.

In practice, there are many institutions with the title of human rights commission or ombudsman, which are not conformable to Paris Principles. In terms of the institutions that have undergone the accreditation process demonstrating the conformity with the Paris Principles, there is no hesitation in the utilization of the concept of the national human rights institutions, while different terms to cover also the institutions without such accreditation are used. As a matter of fact, the Council of Europe prefers to use in its implementations “national human rights structures (NHRS) to include the entire institutions regardless of conformity with these principles. In decision no 1999/50 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the establishment of the Commissioner for Human Rights, the concept of “national human rights structures” has been mentioned. In the interpretation related to the terminology the Commissioner stated: “Contrary to the NHRIs, ombudsman might have national, regional or local power. These powers might be general or based on the subject. The Commissioner considers the entire ombudsman as the important human rights structures in the member states”⁴. With this explanation, in a sense, the Commissioner admits the difference between the NHRIs in respecting the Paris Principles and the ombudsman or similar institutions that are not conformable to the said principles.

In brief, the definition of the national human rights institutions contained in the UN Handbook in 1995, in such a quality to cover the entire human rights institutions without any interest in their respect to Paris Principles. It has been prepared based on the two basic principles of Paris Principles, namely legal basis for the establishment and the protection of human rights. However, after 2000s, this definition is not sufficient over against the developments that qualify the institutions solely with accreditation as the national human rights institutions.

⁴ Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, CommDH/Omb-NHRI (2007) 1 Rev 3, “Effective Protection of Human Rights in Europe: Enhanced Co-operation between Ombudsman, National Human Rights Institution and the Council of Europe Commissioner for Human Rights”, Athens, 12-13 April 2007, Commissioner’s mandate and terminology, para. 8-10.

B. National Human Rights Institutional Models

In the international instruments and in the decisions of the international organizations, during the determination of the minimum requirements of the national human rights institutions, since the beginning no model has been proposed. In the Vienna Declaration and the Action Plan adopted after the World Conference, the countries were granted the right to “choose the structure convenient to their needs”. In the decision for adopting Paris principles and as well as in the following decisions related to the national institutions, the General Assembly of the UN, supported the attitude adopted in the World Conference⁵. Paris Principles prepared within this frame, have been come into being in such a flexible form to address as much as possible to the entire different models, concurrently supporting a model capable of providing the function expected from the national institutions.

In practice structures as ombudsman, human rights commission, advisory committee on human rights, human rights institution, commissions on equality and discrimination, ombudsman for children’s rights are observed. This discrepancy encountered in practice, renders more difficult “an absolute modelling of the institutions”. In the institutional modelling usually functional and historical approach is employed⁶. In the functional approach, the constitution and tasks as well as power of the institutions are taken into account; while the historical approach considers the legal traditions of the countries and the appearance process of the institutions in these countries. In terms of constitution the institutions are divided into two as “commission” with one member and “ombudsman” with many multi members⁷. Considering the “tasks and power” of the institutions as ombudsman, human rights commission,

⁵ Bk. United Nations General Assembly, The Role of the Ombudsman, mediator and other national human rights institutions in the promotion and protection of human rights, A/RES/63/169, 20 March 2009; A/RES/63/172, 20 March 2009; A/RES/64/161, 12 March 2010.

⁶ In UN Handbook on National Institutions, in the classification regarding the national institutions, the functional approach is observed to be taken into account, and within this frame in general the national institutions are divided into three. See United Nations, National Human Rights Institutions, A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, s. 7, p. 41-45.

⁷ UN General Assembly, in its decisions about the national institutions, applies a dual distinction as ombudsman and other national human rights institutions. See United Nations General Assembly, The Role of the Ombudsman, mediator and other national human rights institutions in the promotion and protection of human rights, A/RES/63/169, 20 March 2009; A/RES/63/172, 20 March 2009; A/RES/64/161, 12 March 2010.

advisory committee on human rights, specialized institutions, and human rights institutions, triad⁸, quad⁹ or quintet¹⁰ distinctions can be done. By the same token, considering the “political and law traditions”, Nordic (Norway), Hispanic (Spanish), Francophone (French) and Anglophone/Commonwealth (Commonwealth) traditions are cited.¹¹

Regarding the status A institutions accredited as conformable to Paris Principles, the major part of these is in the form of either the “ombudsman” or “human rights commission”¹². In this regard, on the basis of conformity

⁸ In the Handbook on National Institutions prepared by the UN, there is a triad classification. According to this, the national human rights institutions are divided into three as “human rights commissions”, “ombudsman” and “specialized institutions” and elaborated. See United Nations, National Human Rights Institutions, A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, s. 7-8, p. 41-62; likewise, in the memorandum of the period before the Handbook by the UN identical triad classification has been adopted. United Nation, Fact Sheet No. 19, National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, April 1993.; In another classification, the national institutions are divided into three as traditional ombudsman, human rights commissions and specialized ombudsman. See Jeong-Woo Koo/Francisco O. Ramirez, “National Incorporation of Global Human Rights: Worldwide Expansion of National Human Rights Institutions, 1966-2004, Social Forces 87/3, March 2009, s.(1321-1354), s.1324.

⁹ Considering the constitution, tasks and functions, the national institutions have been divided into four as “human rights commissions”, “advisory committees on human rights”, “human rights ombudsman” and “specialized institutions” and elaborated. See Pohjolainen, The Evolution of National Human Rights Institutions, The Role of the United Nations, s. 16.

¹⁰ Quintet classification; Advisory Committee on human rights, Human rights commissions, commissions with ombudsman power, human rights centres, human rights ombudsman, see Morten Kjeaarum, National Human Rights Institutions Implementing Human Rights, 8.; Another quintet classification; national human rights commission, national advisory commission on human rights, national commission against discrimination, ombudsman, defensor del pueblo. Bk. International Council on Human Rights Policy, Performance & Legitimacy: National Human Rights Institutions, Versoix, Switzerland, 2000, s. 4

¹¹ For these classifications see International Council on Human Rights Policy, Assessing the Effectiveness of National Human Rights Institutions, Versoix, Switzerland, 2005, s. 5-6.

¹² According to the “Status Chart of National Institutions” dated 2nd June 2009 of the International Cooperation Committee on National Institutions (ICC), among 68 institutions with status A, 40 are commissions, 28 are ombudsman. In 14 countries of the Asia-Pacific region (Afghanistan, Australia, India, Indonesia, Jordan, Malaysia, Mongolia, Nepal, New Zealand, Palestine, Qatar, Philippines, Republic of Korea, Thailand) commission model and in one (Timor Leste) ombudsman exist. In 13 countries of Africa region (Egypt, Ghana, Kenya, Malawi, Mauritius, Morocco, Niger, Rwanda, Senegal, South Africa, Tanzania, Togo, Uganda, Zambia) commission model exist, while in one country (Namibia) ombudsman is observed. In 13 countries of America continent (Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Venezuela, Honduras and Mexico,) ombudsman exist, while Canada has commission model. And in Europe, 12 countries (Albania, Armenia, Azerbaijan, Bosnia-Herzegovina, Georgia, Croatia, Poland, Portugal, Russia,

with Paris Principles, combining the functional and historical approaches, it is possible to classify the institutions in two main models as ombudsman and human rights commission.

1. Ombudsman Model

Ombudsman institution has arisen for the first time in 1809 in Sweden as the Parliamentary ombudsman¹³. Ombudsman means representative in Swedish language¹⁴. In general ombudsman model consists of the independent and impartial persons, appointed by the Parliament, President of states or governments and who supervise the conformity of the government with the law directly or upon request¹⁵. Different from the judicial supervision, supervisory

Spain, Sweden, and Ukraine) employ ombudsman, while in 9 countries (Denmark, France, Germany, Great Britain, Greece, Ireland, Luxemburg, Norway, Northern Ireland) commissions are observed. See Chart of The Status of National Institutions, Accredited by The International Coordinating Committee of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, Accreditation status as of 2 June 2009, http://www.nhri.net/2009/Chart%20of%20the%20Status%20of%20NIs%20_2%20June%202009__final.pdf, 30.09.2010.

¹³ The roots of the modern ombudsman dates back to the establishment of Swedish “Justitieombudsman/JO” (Riskdagens ombudsman) in 1809. The basis of the Ombudsman institution is figured on “Kazasker” organization in Ottoman Empire. It is connoted that King of Sweden XII. Charl, between 1709-1714 when was obliged to reside within the borders of the Ottoman Empire, constituted the “Ombudsman” institution since he was inspired by the Kazasker organization. Influenced by the Swedish model, first Finland (1919), then Denmark (1955), Norway (1962), New Zealand (1962), United Kingdom (1967), Canada (1967), Tanzania (1968), Puerto Rico (1977), Australia (1977), France (1973), Portugal (1975), Austria (1977), Spain (1981) and the Netherlands (1981) put into practice ombudsman institution. Today, in approximately 140 countries various ombudsman models are employed. See <http://www.law.ualberta.ca/centres/ioi/About-the-I.O.I./History-and-Development.php>, 30.09.2010.

¹⁴ In many countries different expressions are used in consideration of ombudsman. In Spanish speaking countries (Spain, Argentina, Peru, Colombia) “Defensor del Pueblo”; in Sri Lanka and United Kingdom “Parliamentary Commissioner for Government”; in France, Gabon, Mauritania, in Senegal “Médiateur de la République”; in South Africa, “Public Protector”; Québec “de “Protecteur du Citoyen”; in Austria “Volksanwaltschaft”; in Nigeria “Public Complaints Commission”; in Portugal “Provedor de Justiça”; in Italy Difensore Civico”; in Zambia “Investigator-General”; in Iowa “Citizen’s Aide”; in Pakistan “Wafaqi Mohtasib”; in India “Lok Ayukta” terms are used. See <http://www.law.ualberta.ca/centres/ioi/About-the-I.O.I./History-and-Development.php>, 30.09.2010.

¹⁵ In Sweden, the first implementation place of ombudsman, until 1915 the Parliament used to appoint 1 ombudsman and the power of the ombudsman was to supervise the conformity of the military and civil governments to the law. Between years 1915-1968, the number of the ombudsman was raised to two, one to supervise the military and the other to audit the civil bureaucracy. After year 1976, the number of the ombudsman was raised to four. See http://www.jo.se/Page.aspx?MenuId=20&MainmenuId=12&ObjectClass=DynamX_Documents&Language=en, 30.09.2010.

power is rapid, free of charge and based on conciliation. In today's world the ombudsman could be formed not only at universal¹⁶, regional¹⁷, national and local¹⁸ levels, but also by the private sector¹⁹. Until 1983 there were 21 national and 6 local or regional ombudsmen in the world, as of today this number is around 140²⁰.

For the purposes of the study, taking into account not the entire categories but solely the national ombudsmen, it is possible to address three different models. The main point in such triad division is the scope of the power in human rights issues. In the Nordic countries where historically the Swedish ombudsman is taken as a model commonly "classic model" that requires the supervision of the government is observed. Second one is the "hybrid model" that combines the supervision of the government commonly seen in the Hispanic countries and those where Spain is taken as a model and the human rights issues. And the third category is called "specialized model"

¹⁶ On 6th February 2008 the UN General Assembly, with decision no 62/228, has established the Office of the United Nations Ombudsman. Ombudsman is an independent person who provides confidential and impartial support against the unlawful decisions taken during the work executed in the UN. This service is available to everyone including the entire staff and those who are retired from the UN as well. For further information see <http://www.un.org/en/ombudsman/help.shtml>, 29.09.2010.

¹⁷ In 1993, the European Parliament opened the European Ombudsman and appointed the first ombudsman in 1995. Ombudsman has the power to examine the violations originating from the mal government of the organs of the Union, except for the European Court of Justice, either at its own discretion or upon request. It is duly independent in the execution of its duties. For further information see <http://www.ombudsman.europa.eu/resources/strategy.faces#hl1>, 30.09.2010. Regards to the regional cooperation among the Ombudsmen, European Ombudsman Network formed by the EU MS Ombudsmen, The European Network of Ombudsmen for Children, the Mediterranean Ombudsman Association/AOM), the Latin American Federation of Ombudsmen /FIO) are observed.

¹⁸ At local level, there are local ombudsmen in Belgium Flanders, Wallonia, and French Community; in the entire states of Germany, sub regions of Spain, as well as sub regions of Italy, in two sub region of Austria, in England, Scotland and Wales regions of UK, and in four cantons of Switzerland. See <http://www.ombudsman.europa.eu/atyourservice/regionalombudsmen.faces>, 30.09.2010.

¹⁹ Today ombudsman is also employed by the private sector. Private sector ombudsman is formed by the private sector with the scope of examining the complaints of its own clients. In this regard, ombudsman is employed by the private universities, banks, private health care institutions and companies.

²⁰ See <http://www.law.ualberta.ca/centres/ioi/About-the-I.O.I./History-and-Development.php>, 30.09.2010. Out of 140 countries with ombudsman, 34 are in Africa, 13 in Asia, 9 in Pacific, 29 in Caribbean and Latin America, 53 in Europe and 2 in North America. See Victor O. Ayeni, "Ombudsman as a Human Rights Institutions: A New Face of a Global Expansion", s. 3.

created in the recent years, taking into consideration the international human rights rather than the historical categories.²¹

a) Classical Ombudsman

The prototype of classical ombudsman model consists of Swedish “Parliamentary Ombudsman”. In this model, using a power similar to administrative jurisdiction, ombudsman provides conformity and accountability of the government to the laws. Supervision of government occurs in case of mal government. The supervision pertaining to the human rights is considered within this concept and no special authorization takes place. In this regard, the power of ombudsman is limited with the conformity of the government to the laws in Sweden and excludes jurisdiction, parliamentary works, parliament members and local administrators. Likewise, the non-state actors as journals, televisions, trade unions, banks, insurance companies, private medical doctors and attorneys are out of the scope. However, except for the supervision of the government, the scope of power does not include the protection and promotion of human rights²².

In West-Nordic countries as Denmark, Norway and Iceland where administrative jurisdiction lacks, as a part of the parliamentary supervision, under the supervision of the government, the Parliamentary ombudsmen replace the place of administrative jurisdiction²³. In Denmark the Parliamentary Ombudsman is only one person and is elected by the parliament²⁴. The task

²¹ Meanwhile, there is another group that considers the human rights commissions as a certain type of ombudsman model and divides ombudsmen into five different categories according to the power of supervision they are dressed with. Kessing, dividing the ombudsmen into different models, speaks about “The Court-like Model”, “Prosecutor Model”, “The Mediation Model”, “The Specialized Ombudsman Model” and “Human Rights Complaints Model”. In this regard, he elaborates the human rights commissions as “The Hybrid Ombudsman Model. See Peter Vedel Kessing, “Implementation of The Western Ombudsman Model In Countries In Democratic Transition”, National Human Rights Institutions, Edited by Birgit Lindsnaes, Lone Lindholt, Kristine Yigen, The Danish Centre for Human Rights, Denmark, 2001, s. 121-142, s. 131.

²² Bk. http://www.jo.se/Page.aspx?MenuId=12&ObjectClass=DynamX_Documents&Language=en, 01.10.2010.

²³ Bk. Kessing, “Implementation of The Western Ombudsman Model In Countries In Democratic Transition”, s. 126.

²⁴ As per the provisions of the latest modifications done in 2009 to the Law no 473 dated 12 June 1999 on Parliamentary Ombudsman, “After each parliamentary elections or occurrence of vacant position in the permanent staff, the parliament elects an ombudsman (art.1). In case of withdrawal of confidence, the Parliament may dismiss the Ombudsman (art.3).

of the Ombudsman covers the entire public organizations; however, the jurisdiction is excluded from the scope of this supervision²⁵. The scope of the task is to supervise the conformity with law of the government and to provide information and recommendation to the concerned institutions and the Parliament. However, the ombudsman does not have a special power related to the human rights. It has no power in the promotion, training, consultancy and international cooperation about the human rights and the preparation of the relevant reports. In Denmark, the Danish Institute for Human Rights is in charge for such issues.

b) Hybrid Ombudsman

Another ombudsman model is the one in Hispanic countries “Defensor del Pueblo” (Defender/Attorney of Public). Defensor del Pueblo, for which Spain forms the classic model is very common in particular in Latin America countries²⁶. In this structure called hybrid model differs from the classic parliamentary ombudsman due to the fact that the human rights issue is particularly included within the scope of the supervision of the government²⁷. For this reason, in these countries a separate human rights commission is not established.

As it is the case for the classic model, in the hybrid ombudsman model the ombudsman is elected by the parliament and is responsible to the parliament.

²⁵ As per the provisions of Law no 473 on Ombudsman, “In case the companies, institutions, associations etc. use completely or partially the public power legislatively or administratively, the Ombudsman may include these organizations in the scope of the supervision”. Likewise, “Except for the direct and indirect questions about the doctrine or sermon of the church, Danish Public Church is included within the scope of the Ombudsman activities”. art.2.

²⁶ In America Defensor del Pueblo is implemented in Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru and Venezuela. Except for Venezuela the institutions are in line with the Paris Principles in Status A. In general the name Defensor del Pueblo is common, but in Costa Rica the institution is called Defensor de los Habitantes, in Honduras and Mexico it is Comisionada Nacional de Derechos Humanos. A study in Latin America on Ombudsman Institutions see Gonzalo Elizondo and Irene Aguilar, “The Ombudsman Institution in Latin America: Minimum Standards for its Existence”, National Human Rights Institutions, Articles and working papers, Edited by Birgit Lindsnaes, Lone Lindholt, Kristine Yigen, The Danish Centre for Human Rights, s. 209-222.

²⁷ This model to be common in Latin America countries is linked with the democratization that has been initialized after 1980. In this regard, significant contribution is expected from these institutions in terms of democratization. For a study in this direction see Michael Dodson, Donal Jackson, “Horizontal Accountability in Transitional Democracies: The Human Right Ombudsman in El Salvador and Guatemala, Latin American Politics and Society, 46/4, s.2.

Likewise, the ombudsman may supervise the activities of the entire public organizations including the ministries. However, in the classic model there is no power granted to examine the complaints about human rights, while in this model the institutions also have the power to examine the human rights violations as well. In Spain Defensor del Pueblo is elected by the Parliament and is in the status of Parliamentary high commissioner. However, different from the classic ombudsman, has the power to examine clearly the violation of human rights²⁸. Despite this, different from the commission model, there is no clear authorization for human rights training, awareness, consultancy and cooperation with international organizations in this field²⁹.

Hybrid ombudsman model is accepted to arise with the inception of “third wave democracy” movement of 1970’s in the South Africa. For the first time in Portugal, “Provedor de Justiça” organization was granted the power to protect the human right in addition to its supervision task on the government. Afterwards, with the new Constitution prepared after the democratic conversion experienced in Spain in 1978, Defensor del Pueblo organization was established and was assigned with the protection of the human rights in besides the supervision of the government. In 1980’s, during the democratic conversion started to be experienced in the Latin American countries Defensor del Pueblo model institutions were established, respectively in Colombia (1991), Peru (1993), Argentina (1994), Panama (1997), Bolivia (1998) and Ecuador (1998). This model was started to be implemented in these countries at the transition to democracy stage in 1990’s in the Central and Eastern Europe countries. In this regard, it was established in Poland (1987), Croatia (1992), Slovenia (1995), Bosnia-Herzegovina (1995), Hungary (1995), Russia (1997), Romania (1997), Georgia (1998), Armenia (1998)³⁰.

²⁸ In Spain the ombudsman is elected for a period of 5 years with the three fifth majority of the parliament. According to the article 54 of Spanish Constitution, with an organic law, Ombudsman (Defensor del Pueblo), appointed as the high commissioner of the Parliament (Cortes Generales) to defend the rights mentioned in the constitution is established; and for this aim supervises the activities of the government and submits reports to the parliament. For further information see http://www.defensordelpueblo.es/web_ingles/index.asp?destino=todosobredefensor.asp, 01.10.2010.

²⁹ Powers of Defensor Del Pueblo see Organic Act 3/1981, April 6th, regarding The Ombudsman, Official Journal number 109 dated May 7th, 1981, m.9-14.

³⁰ Linda C. Reif, “Building Democratic Institutions: The Role of National Human Rights Institutions in Good Governance and Human Rights Protection”, Harvard Human Rights Journal, Vol.13, 2000, s. 12-13.

c) Specialized Ombudsman

A third model is “The Specialized Ombudsman Model”³¹. Different from the ombudsman with general power (the public sector ombudsman), the specialized ombudsman may perform supervisions either on the entire government about a certain subject (equality, discrimination, children’s rights etc.), or may perform overall supervision on a certain part of the government (military, police, penitentiary etc.)³². For instance, in Sweden, except for the Parliamentary ombudsman there is also the Swedish Children’s Ombudsman. This ombudsman is a specialized ombudsman and provides the implementation of the UN Convention on Children’s Rights in the country. The children’s ombudsman does not have any power neither to conduct any investigation on the public authorities nor to examine the individual violations. Rather than these ombudsman provides awareness, information, consultancy and recommendations and submits the relevant report prepared to the government each year³³.

Considering the ombudsman models as the national institution model, although there are common points as function, constitution, power and tasks, many differences are also observed in the model. The main function of the ombudsman is to protect the individuals against the violation of rights originating from the government and mal administration, and to provide the accountability of the government. Within this scope, as an impartial mediator holds meetings with the Government in order to bring solutions to the problems of the public³⁴. Having some certain differences ombudsmen usually consist of one person appointed by the Parliaments. The ombudsmen assigned and dismissed by the majority of the Parliament are totally independent from the Government.

³¹ Bk. Kessing, “Implementation of The Western Ombudsman Model In Countries In Democratic Transition”, s. 130.

³² See <http://www.law.ualberta.ca/centres/ioi/About-the-I.O.I./Concept-and-Institution.php>, 30.09.2010.

³³ Swedish Children’s Ombudsman is established by a law in 1993. It is assigned by the Government for a period of 6 years. The main task of the Ombudsman is to promote and protect the rights mentioned in the UN Convention on Children’s Rights. Within this scope, the Swedish government may put forward proposals for the required legal modifications as well as may provide suggestions to the central and local administration for the implementation of the Convention. See <http://www.barnombudsmannen.se/Adfinity.aspx?pageid=85>, 01.10.2010.

³⁴ The Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, The Role of the Ombudsman in States Governed by the Rule of Law, CommDH(2004)16, Strasbourg, 10 May 2004.

As an instrument of the Parliamentary supervision, likewise, the task is to identify the illegality either directly or upon request, and to bring a solution contacting the concerned institution and the Government, and to inform the public opinion and the legislative bodies about the results of the supervision. However, the ombudsmen do not have the power to take binding decisions on the public bodies and are excluded from the adjudication supervision. The strength of the ombudsmen has moral power in proportion with the support they receive from the Parliament and the public. Furthermore, in many countries before consulting to an ombudsman there is a condition that the entire other legal ways should have been applied and there is also a certain period of time to make this consultation. In many countries the individuals may directly consult to an ombudsman while in some others they have to apply via local parliamentarians³⁵. And in some countries, the ombudsmen have the power to bring the violations determined to the court. Ombudsmen may be a party in the court³⁶.

Considering as the national human rights institution model conformable to the Paris Principles, different models are observed in terms of function, constitution and scope of task. In the triad classification related to the ombudsman, each of the three models are observed to be similar to each other in major part, but weak from the point of “plurality” characteristic set forth by Paris Principles. Considering the development process of the national institutions, these institutions are expected to have a structure to unify different parts of the civil society and the government representatives. Functionally in each of the three models the core is the supervision of the government on behalf of the Parliament, but in the classic model focus is on the “conformity to law supervision” of the government, where the protection and promotion” of human rights plays the second role. In Defensor del Pueblo model, the protection of the human rights is also included in the supervision,

³⁵ Common functions of Ombudsman institution see United Nation, Fact Sheet No. 19, National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, April 1993, p.5; Centre for Human Rights, National Human Rights Institutions, A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, s. 8-9, p. 56-62.

³⁶ The Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, 8th Round Table of European Ombudsmen, Oslo, 3-5 November 2003 Final Document adopted by the ombudsmen of Council of Europe member States in conclusion of the Round Table Round Table organised jointly by the Norwegian Ombudsman and the Council of Europe Commissioner for Human Rights, CommDH/OMB (2003) 24, Strasbourg, 5 November 2003.

however “promotion and training” of human rights is kept in the background. In specialized ombudsman model, is observed not to have the quality to fulfil the entire functions expected from the national institutions with the Paris Principles.

Today, the countries generally having classic ombudsman institution (Germany, UK, Denmark, France, Greece, Ireland, Norway etc.), form also human rights commissions or institutions conformable to Paris Principles for the protection of the human rights. In Latin America countries where Spanish model is adopted, generally a model conformable to Paris Principles is seen. However, this model is also observed to be common in the countries to share law traditions in certain geography.

According to 2010 data of the International Cooperation Committee on National Human Rights (ICC), out of 67 institutions accredited in status A approximately 25 are ombudsmen, and 42 is commission model. In Europe out of 22 institutions 9 are ombudsmen and 13 are commission model. And in America 14 out of 15 institutions are ombudsmen. In particular Defensor del Pueblo model is observed to be common. Except for one or two of the 15 institutions in Asia-Pacific and 15 in Africa, the institutions are commission model. The ombudsman model to be common in America although could be explained by the historical and political traditions, in particular after the adoption of Paris Principles, human rights commission model is commonly observed.³⁷

2. Commission Model

National human rights commission model, being young when compared to the ombudsman model, has also different reasons to arise. Ombudsman model was born due to the need of supervision of government for mal administration on behalf of the Parliament. And the commission model was established by the beginning of the twentieth century to provide consultancy to the governments in human rights issues in particular racism and discrimination. As examined above, UN efforts since 1946 for the establishment of national institutions, taking into account the diversities about these two models were in direction of establishment of national human rights institutions to meet the minimum

³⁷ Bk. Chart of The Status of National Institutions, Accredited by The International Coordinating Committee of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, Accreditation status as of June 2010.

requirements.

Upon the recommendation of the Economic and Social Council on the establishment of the national human rights institutions in 1946, forwarding letters to the member states for three times between September 1946 and May 1948, UN Secretariat for Human Rights asked information about the work carried out related to the national institutions. The first institution established in 1947 through the recommendation is the “Advisory Committee on Codification of International Law” in France, which was afterwards given the title “French National Advisory Committee on Human Rights” (1984)³⁸. In the following years this model is observed to become common as “advisory committee” in Francophone countries. The second wave of the human rights commission model is the “equality commission model” known as “Commonwealth model”. The first examples of this model are seen in UK (1975), New Zealand (1977), Canada (1977) and Australia (1986)³⁹. And the third wave related to the commission model could be cited as the “human rights institutions model” in the countries without a strict loyalty to a certain law traditions after the adoption of Paris Principles in 2000s. the first examples for this model are the countries as Germany (2001), Norway (2001), and Denmark (2003).

a) Equality Commission

The Equality Commission model is observed to be established based on the discrimination and racism in commonwealth countries particularly in England. These commissions were established based on the act against discrimination in 1970s, however, in 1990s with the scope of providing conformity to the modified new standards on the national human rights institutions were evolved towards “Human Rights Commission”⁴⁰. The main characteristic of the Equality Commission model is to focus on issues related to the equality and discrimination.

³⁸ Bk. Pohjolainen, The Evolution of National Human Rights Institutions, The Role of the United Nations, s. 31-32 ve s. 86’da footnote 10

³⁹ Pohjolainen, The Evolution of National Human Rights Institutions, The Role of the United Nations, s. 16

⁴⁰ In the USA, against the racism events in 1919; for the first time the Chicago Commission on Human Rights was established under the structure of the government in 1921. See Lessons from National Human Rights Institutions Around the World for State and Local Human Rights Commissions in the United States, Prepared by Shubhankar Dam for the Executive Session on Human Rights Commissions and Criminal Justice Kennedy School of Government, Harvard University, August 2007, p. 1. Executive Session Papers, Human Rights Commission and Criminal Justice, Marea L. Beeman (Series Editor)

In UK, one of the first examples of this model, in 1975 Equal Opportunities Commission (EOC), in 1976 Commission for Racial Equality (CRE) and in 1999 Disability Rights Commission (DRC) have been established respectively. Each of three commissions, based on three different acts, was accepted to have the quality of non-departmental public body. The acts establishing these commissions are respectively 1975 Sex Discrimination Act⁴¹, 1976 Race Relations Act⁴² and 1999 Disability Rights Commission Act⁴³.

Although in different fields, the function of each of the three commissions is struggle against discrimination, equal opportunities and the implementation of the legislation in the relevant field. The commissions are authorized to conduct official examinations, provide recommendations, and submit proposals for amendment in the legislation to the Secretary of state, research, training, promotion and financial aid. However, the Commissions do not have the power to examine the violation of individual rights. The member of each three commission is assigned by the Secretary of State for a period of 4 years and the Government provides the finance. Each of three commissions was aborted within the frame of 2006 Equality Act on 30th September 2007; the functions of these three commissions were transferred to the Equality and Human Rights Commission (EHRC)⁴⁴. Equality and Human Rights Commission took up its duties on 1st October 2007. Assuming the duties of the previous three commissions, the Commission's jurisdiction is expanded to cover the other equality issues as well. However, the Commission is still authorized for the problems based on the equality. The legal quality of the Commission is, as it was the case for the previous ones is non-governmental public body⁴⁵.

Another country of the Commonwealth tradition New Zealand Human Rights Commission was established in 1977 with the Act on Human Rights

⁴¹ See Equal Opportunities Commission, Annual Report & Accounts, April to September 2007, s. 24.

⁴² See Commission for Racial Equality, Annual Report and Accounts, 2006/7, s. 50-51.

⁴³ See Disability Right Commission, Annual Report and Accounts, April to September 2007, s.4-5.

⁴⁴ Commission reports see <http://www.equalityhumanrights.com/about-us/vision-and-mission/annual-reports/previous-commissions-annual-reports/>, 06.10.2010.

⁴⁵ Equality and Human Rights Commission, Corporate Governance Code of Practice and Conduct For The Chair And Committee Members of Equality and Human Rights Commission, The Commission Board Governance Framework, February 2007, m. 3.2.1.

Commission and took up its duties as of 1st September 1978. Initially it was focused on the discrimination issues within the frame of 1971 Race Relations Act. However, by 1993 Human Rights Act and the previous 1977 Commission Act and Race Relations Act were consolidated and the jurisdiction of the Commission was expanded. According to the Human Rights Act, the functions of the Commission are to protect, expand and defend human rights via training and creating awareness, organize events in human rights field, provide cooperation, examine the legislation, apply to a judge or court for human rights issues and submit report to the Prime Minister related to these issues⁴⁶.

Similar change in the commonwealth tradition is also observed in Australia and Canada⁴⁷. Within the frame of the 1975 Racial Discrimination Act in Australia, in year 1977 the “Human Rights and Equal Opportunity Commission” was established⁴⁸. Initially the Commission was active only in the discrimination issues, but with the introduction of the Australian Human Rights Commission Act on 10th December 1986, was replaced by the Human Rights Commission with wider authorization⁴⁹. The Commission’s power was expanded to examine the individual complaints, human rights training and research⁵⁰.

Likewise, Canadian Human Rights Commission was established with 1977 Canadian Human Rights Act. Being not less than three and more than six the Commission members are assigned by the Governor in Council for

⁴⁶ Human Rights Act 1993, Public Act 1998 No. 82, 10 August 1993, section 5.

⁴⁷ In addition to these countries, Hungarian Parliamentary Commissioner on the Rights of National and Ethnic Minorities/Status A; Belgian Centre for Equal Opportunities and Opposition to Racism/ Status A; the Netherlands Equal Treatment Commission; Switzerland Federal Commission against Racism/Status A See <http://www.nhri.net/NationaldataListPrint.asp?MODE=1&ID=1>, 08.10.2010.

⁴⁸ The Racial Discrimination Act 1975, Part III, Division 1, m. 20.

⁴⁹ The President and each member of the Commission are specialized in different fields. President and Human Rights Commissioner, Disability Discrimination Commissioner, Race Discrimination Commissioner and Social Justice Commissioner, Sex Discrimination Commissioner, Age Discrimination Commissioner. See The Australian Human Rights Act 1986, Act No. 125, m. 8; and see. http://www.hreoc.gov.au/about/president_commissioners/index.html, 07.10.2010.

⁵⁰ The function of the Commission as per the Law is to increase the public awareness in human rights related issues and to provide training, to examine the complaints related to the discrimination and the violation of the human rights, conduct research and develop policies, to provide consultancy in human rights issues. See The Australian Human Rights Act 1986, Act No. 125, Division 2, m. 10A,11.

a period of 7 years. The main function of the Commission is to provide the equality and struggle against discrimination within the scope of the Canadian Human Rights Act and the Employment Equality Act 1995⁵¹. The Commission is established as an autonomous and impartial administrative unit⁵².

b) Advisory Committee

Another example of the Commission is the National Advisory Commission for Human Rights (CNCHD) in France, which responded to the call of the UN for the establishment of the national committees in 1946⁵³. This Commission was first established in 1947 by the Ministry of Foreign Affairs of France in order to provide the conformity of France with the international human rights legislation; and in 1984 took its current structure and is accepted as the first national commission⁵⁴. According to the amendments on 5th March 2007 done to the Commission Act, the role of the Commission is to provide consultancy and recommendations to the government in the field of human rights. However, the Commission does not have the power to examine the violations of individual rights as well as to supervise the institutions. This power is left firstly to ombudsman and the other institutions. The structure of the Commission is formed of quite wide based 100 members however the number of the members is limited with 64 according to the new legislation⁵⁵.

⁵¹ Canada Human Rights Act 1985, Part II, Human Rights Commission, m. 26.

⁵² About Commission see Canadian Human Rights Commission, Human Rights Commission and Public Policy: The Role of the Canadian Human Rights Commission in Advancing Sexual Orientation Equality Rights in Canada, Prepared by Annette Nierobitsz, Mark Searl, Charles, Th roux, 2008.

⁵³ The first name of the Commission was "Commission consultative pour la codification du droit international et la definition des droits et devoirs des Etats et des droits de l'homme ('Consultative Commission for the Codification of International Law and the Definition of the Rights and Duties of States'), then in 1984 the name was shortened as "Commission consultative des droits de l'homme ('Consultative Commission of Human Rights'), and in 1989 became "Commission nationale consultative des droits de l'homme ('French National Advisory Commission for Human Rights'). The initial aim of establishment for this Commission was to provide consultancy to the government in the ratification of the international human rights instruments. See Gauthier de Beco, "National Human Rights Institutions in Europe", Human Right Law Review 7:2, 2007, (331-370), s. 333.

⁵⁴ Historical Background of the French Commission, See http://www.cncdh.fr/rubrique.php3?id_rubrique=132, 07.10.2010.

⁵⁵ These members are from NON-STATE ORGANIZATIONS and consist of trade union representative, competent persons in human rights field, religious groups, academicians, diplomats, attorneys, experts employed in the international human rights organs, parliament, ombudsman, advisors to the Prime Minister, and experts from the other ministries. See http://www.cncdh.fr/rubrique.php3?id_rubrique=132, 07.10.2010.

The basic characteristic of the Advisory Commission is the fact that it is formed with the “pluralist structure” and “wide representation of the community” and that it assumes “consultancy function” to the government in the issues related to the human rights. In this way, the government and the representatives of the civil society come together in the Advisory Commissions⁵⁶. French model is implemented in 24 French speaking countries with differences and the National Human Rights Institutions in these countries form Francophone National Human Rights Association⁵⁷. However, by year 2008 the proposal for the establishment of independent “French Institute for Human Rights Institution” in full compliance with Paris Principles in France was personally brought by the French Advisory commission on human Rights⁵⁸.

In Greece and Turkey, non francophone but influenced in general by the France in terms of the administrative structure, similar commissions were established. In Greece, Human Rights Commission was established by the Act no 2667 in 1998. The Commission was established to provide consultancy to the government in human rights related issues and does not have the power to examine the violations to the individual rights. The Commission consists of 59 permanent and temporary members from various parts of the community and from the government representatives⁵⁹.

Also in turkey “Advisory Council on Human Rights” was established in 2001. as per the founding act, the Human Rights Advisory Council was established to “provide communication between the public institution related with the human rights and the NGOs, as well as to serve as a consultative body for the issues on human rights.⁶⁰ The Council has 100 approximately members from the government, NGOs, political parties, trade unions, bar associations,

⁵⁶ The Commission was accredited by the International Coordination Committee for Status A, which demonstrates the conformity with Paris Principles for twice respectively in 1999 and in 2007. See http://www.cncdh.fr/rubrique.php3?id_rubrique=132, 07.10.2010.

⁵⁷ Bk. http://www.cncdh.fr/rubrique.php3?id_rubrique=132, 07.10.2010.

⁵⁸ National Consultative Commission on Human Rights, Diplomacy and Human Rights, (Opinion adopted by the Plenary Assembly on February 7th 2008, the creation of “French Institute for Human Rights”, p.8, 84.

⁵⁹ See Commission Official web page: http://www.nchr.gr/category.php?category_id=121, 08.10.2010.

⁶⁰ Prime Ministry Law on Human Rights Presidency, Number: 4643, Date: 12.04.2001., art. 5.

professional organizations, professors and lecturers, researchers and authors⁶¹. The function of the council is to provide opinion on the promotion and protection of human rights, and make recommendations, bring proposals and prepare reports. As it is the case in France, the council does not have power to investigate the violation of rights⁶².

c) Human Rights Institution

In 2000s after the adoption of Paris Principles, an evolution is observed in the commission model. The commissions formed through the traditions of Commonwealth and Francophone, are observed to have a change inside. On the other side, in particular in the countries that are not strictly attached to a certain law tradition or in the ones that have ombudsman institutions, new “Human Rights Institution” model based on Paris Principles is observed to be developed. The first example accepted by the National Institutions Cooperation as conformable to the Paris Principles (accredited) is the Danish Institute for Human Rights (2002). Likewise, German Human Rights Institution (2001), Norway Human Rights Centre (2001) could be the examples for this model⁶³.

In 2002, the Danish Institute for Human Rights replaced the Danish Centre for Human Rights established in 1987⁶⁴. In the change the rationale for being a model conformable to Paris Principles is clearly explained in the web page of the institution⁶⁵. In the establishing act the functions of the institute is widely defined. According to this, the institution will base its activities on the human rights provided at any time by the international community, the international instruments and including constitutional rights; will perform independent and autonomous research on human rights; will provide recommendations to the Government and the Parliament about the

⁶¹ See Regulation the Basis and Procedures of the Establishment, Tasks and Operation of Advisory Council on Human Rights, 15 August 2001.

⁶² For tasks and powers of the institution see Regulation, art. 5.

⁶³ Pohjolainen, “The Evolution of National Human Rights Institutions, The Role of the United Nations”, s. 19.

⁶⁴ As per the provisions of the Law foreseeing an organizational change, with the aim of strengthening the human rights more in Denmark, the Danish Centre for International Studies and Human Rights has been established. The Centre is formed of two units: The Institute for International Studies and the Danish Institute for Human Rights. See Act governing the Establishment of the Danish Centre for International Studies and Human Rights, Act no. 411 of 06/06/2002, Chapter 1.

⁶⁵ For official web page see <http://www.humanrights.dk/about+us>, 08.10.2010.

obligations of Denmark in human rights field; will provide human rights training and information; in the international field and in Nordic region will have the task to promote the human rights relations. The institution is defined as independent and self-governing institution. The institution has a pluralist structure formed of 13 members⁶⁶.

Another example for the National Institute Model can be shown as Germany. The German Institute for Human Rights has been established on 8th March 2001, upon the recommendation of the German Federal Parliament (Deutscher Bundestag). The institute has status A and is in line with Paris Principles. The main function of the institute is stated as to play a bridge role in the protection of international and national human rights. The institute has 16 members elected from civil society, academicians, media and politicians⁶⁷. The legal status of the institute is defined as “institution of civil society”. The fact that the institute is established based on Paris Principles is mentioned in its official web page⁶⁸. Likewise, the Norwegian Centre for Human Rights is another model with status A, established according to Paris Principles on 21st September 2001⁶⁹.

In functional terms, the three main functions expected from the national institutions by Paris Principles, is more met by the human rights commission model when compared with ombudsman model. In ombudsman model, beside the differences, the role of supervising the government weighs in terms of conformity with the human rights. Whereas in human rights commission model, focus is more on the human rights training and promotion, consultancy to the government and investigation of the violation of rights⁷⁰. However, the

⁶⁶ The Commission’s 6member is elected by the Council of Human rights, 2 members by the Rector of the Copenhagen University, 2 members by the Rector of Aarhus University, 2 members by Denmark conference of Rectors and one member by the own staff of the institute. See Act governing the Establishment of the Danish Centre for International Studies and Human Rights, Act no. 411 of 06/06/2002, Section 7.

⁶⁷ See Leaflet German Institute for Human Rights, <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/en/about-us/mandate.html>, 08.10.2010.

⁶⁸ See <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/en/about-us/mandate.html>, 08.10.2010.

⁶⁹ See <http://www.jus.uio.no/smr/english/>, 08.10.2010.

⁷⁰ In the “Commonwealth Workshop on the National Human Rights Institutions” held in Ottawa on 30 September - 2 October 1992, the differences between ombudsman model and commission model have been discussed. In this scope, the ombudsman model to function in the conformity of the public administration with the law and its legality, whereas the commission model to have a wider jurisdiction was concluded. See General Assembly, National Institutions for the promotion and protection of human rights, Report of the Secretary-Gen-

commission model has some certain differences within it in terms of these functions. In commonwealth tradition, human rights training and promotion function looms large. The power to investigate the violation of human rights is more elaborated in the basis of equality and discrimination. And in French tradition, the focus is on the pluralist representative structure and consultancy to the government on human rights issues. In the human rights institutions established in the recent years, an effort to balance these three functions is observed.

Result: which factors determine the model preference and which model for Turkey?

In the preference related to the national institutions, in particular after the adoption of Paris Principles a change in the direction of international standards is experienced. In the institutional preferences of the countries, the law traditions and law systems of the countries are observed to be effective. The classical parliamentary ombudsman occurred in the Nordic countries in the leadership of Switzerland, became common in Latin America and in some central and eastern Europe countries in the form of Defensor del Pueblo to cover the issues between Spain and the human rights. In commission model institutions, consultancy model has been an example over France as inspiration to the Francophone countries. And the equality commission model has been deployed to Australia, New Zealand and other Commonwealth countries over the UK. However, after 1990s the national human rights institutions directly based on Paris Principles have started to be established. This process forces the classical ombudsman and commission model institutions for a change towards the international standards.

“Law traditions” is among the most important factors in the national institution preference of the countries. Countries attached to a certain law tradition prefer similar institution models. As seen above, classical ombudsman model is common in “Nordic” countries, Defensor del Pueblo model in “Hispanic” countries, equality commission model in “Anglophone/ Commonwealth” countries, and advisory committee model in “Francophone” countries. For instance in Africa continent in Anglophone countries commission model is common while, in Francophone countries advisory committee model is common. In the countries that are not strictly attached to a

eral, A/48/340, 23 September 1993, p.5, para.10.

certain law tradition, due to the historical interactions or the similarities in the law systems could prefer the model in the country comprehended close to it. As a matter of fact, Turkish and Greek administrative systems to be influenced by France also played a prevailing role in the adoption of Advisory Committee model by these countries. However, the events encountered in the human rights law, creates an impact of erosion in law traditions and in this regard a significant similarity is experienced among the countries in terms of the models preferred. As a fact, the national institutions established in 1970s were observed to undergo some changes in the 2000s when Paris Principles started to deploy. In above, the developments in the United Kingdom, Denmark, and France demonstrate that the law traditions changed towards the direction of the international human rights law. In fact, in Turkey inspired from France in 1990s advisory committee was established and influenced by British commission model provincial and district councils on human rights were founded, while with the amendment done to the Constitution in year 2010 the constitutional foundation of the ombudsman model institution was laid. In the same way, in year 2011 a new draft bill was proposed to prefer the model of “Turkish National Human Rights Paris Institution” in line with Paris Principles.

Another factor to affect the national model selection is the “law system of the country”. The administrative and adjudication systems in the countries particularly influence the national institution preference. The countries which don’t have a strong adjudication system as in Latin America countries prefer ombudsman model. However, countries with a strong jurisdiction system, although prefer the ombudsman model, the institutions are not granted the power like adjudication. In the countries where the ombudsman or administrative jurisdiction is strong, in general the human rights commissions are not dressed with the power to investigate the violation of individual rights. In fact, in Denmark, Germany, France and Norway that have the classical ombudsman institutions, the power to investigate the violation of individual rights is not granted to the commissions.

In African countries that have adopted the Francophone law system, the tribunals to have stronger investigative power when compared with those who have adopted the Anglophone law system resulted in the limitation of investigative power of the national institutions in Francophone countries⁷¹.

⁷¹ For an evaluation in this direction see National Human Rights Institutions, Conflict Man-

For this reason, the institutions have the power to investigate the violation of rights in Africa countries that have adopted the Anglophone law system and preferred the commission model, while the countries that have adopted the Francophone law system preferred the advisory committees without investigative power. For instance, South Africa Human Rights Commission included within Anglophone law system has the power to investigate the individual complaints, while Morocco belonging to the Francophone law system preferred the advisory committee model.

In “plurinational states” with status of federative or regional country, “multi institution” is preferred to “single institution” model. In this regard, besides a national central institution at federal level, at each federal state a separate national institution may exist. For instance, in India at federal level besides India National Commission on Human Rights, in each federal state there is a national institution in with the name of that state. In UK, with a system semi-federal, there are three different institutions in the North Ireland, Scotland and Englanda.

In particular, the countries that have passed through new democracy after 1970 in Latin American countries and after 1990 in Eastern Europe countries are observed to prefer ombudsman model called hybrid ombudsman. In this way, instead of establishing the human rights commission that is common in advanced democracies and classical ombudsman, as in the Spanish model institutional model to assume the duty of both supervision of government in terms of conformity with the law and the protection of human rights. In major part of the Latin America countries, for example in Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Panama, Argentina, Peru, Equator, Bolivia, Colombia “Defensor del Pueblo” model institutions are preferred. Although not under this name, ombudsman institutions to assume the function of protection of human rights have been established in the Eastern Europe countries. For instance in Poland “Commissioner for Protection of Human Rights”, in Hungary commissioner for Protection of Civil Rights and Rights of National and Ethnic Minorities”, in Slovenia Human Rights Ombudsman, in Bosnia Herzegovina Human Rights Ombudsman, in Russia Defender of Human Rights, in Ukraine Human

agement and Peace building in Africa, Le Vendôme Hotel, Sea Point, Cape Town, 29 November – 3 December 2004, Facilitators: Victoria Maloka and Michelle Parlevliet Centre for Conflict Resolution, Technical Seminar Report, Rapporteurs: Ghalib Galant and Victoria Maloka, s. 14.

Rights Representative, in Uzbekistan Commissioner for Human Rights has been established. During the process of democratic institutionalization in these countries a single model dressed with strong power is preferred⁷².

It can also be said that the economic development level is effective in the preference of the institutions. In developed countries co-implementation of ombudsman and commission model is seen, while in small and developing countries one of these models is observed to be preferred⁷³. For instance, among the developed Western European countries in England, Australia, Canada, France, Germany, Norway, and Denmark both the classical ombudsman and national institution exist. While in developing countries of Latin America, Eastern Europe and some Africa countries generally instead of two separate institutions a single national institution assigned with both duties is preferred⁷⁴.

In Turkey there is strong administrative adjudication supervision. Furthermore, with the amendments to the Constitution in 2010, Public Supervision Institution to correspond the ombudsman has been established. On the other hand Turkish National Human Rights Institution is in the stage of formation. In the process of Turkey's candidateship to become a full member of the EU, her preference to constitute both the ombudsman and the human rights institution is in line with the international developments in this field. One of the most important criteria of having stronger democracy is the "respect to human rights". At this point strong national human rights institutional structuring plays a key role. Having both the ombudsman and national human rights institution conformable to Paris Principles with status A will bring significant respectability to Turkey. If the ombudsman formed is not authorized for human rights issues, it will be considered as classical ombudsman institution and will not be able to obtain accreditation of Status A from ICC.

In case the Ombudsman and national human rights institution are formed together, the determination of power and duties will be important. The Ombudsman institution can be assigned with the examination of the violation

⁷² Linda C. Reif, "Building Democratic Institutions: The Role of National Human Rights Institutions in Good Governance and Human Rights Protection", Harvard Human Rights Journal, Vol.13, 2000, s.38-39, 51.

⁷³ Commonwealth Secretariat, National Human Rights Institutions, Best Practice, 2001, s. 4.

⁷⁴ Morten Kjaerum, National Human Rights Institution Implementing Human Rights, Danish Institute for Human Rights, Denmark 2003, s. 8.

of human rights originating from public administration, while Turkish national human rights institution can handle the violations of human rights “deriving from the private space”. In this way, there will be no conflict of power between these two institutions. With its structure to enable the pluralist representation the national human rights institution will play the role of a bridge between the government and the civil society, while the ombudsman institution will have a function between the civil society and the parliament. In case both obtain Status A conformable to Paris Principles, these will assume the role of a bridge at national and international level in their own field.

SOURCES

Act governing the Establishment of the Danish Centre for International Studies and Human Rights, Act no. 411 of 06/06/2002, Chapter 1.

Amnesty International’s Recommendations on National Human Rights Institution, National Human Rights Institutions, Amnesty International’s Recommendations for effective protection and promotion of human rights, AI INDEX: IOR 40/007/2001, 1 October 2001;

Anna-Elina Pohjolainen, The Evolution of National Human Rights Institutions The Role of the United Nations, The Danish Institute for Human Rights, Copenhagen, Denmark, January 2006

Canada Human Rights Act 1985, Part II, Human Rights Commission.

Canadian Human Rights Commission, Human Rights Commission and Public Policy: The Role of the Canadian Human Rights Commission in Advancing Sexual Orientation Equality Rights in Canada, Prepared by Annette Nierobitsz, Mark Searl, Charles, Thêroux, 2008.

Chart of The Status of National Institutions, Accredited by The International Coordinating Committee of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, Accreditation status as of 2 June 2009.

- Chart of The Status of National Institutions, Accredited by The International Coordinating Committee of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, Accreditation status as of June 2010.
- Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, CommDH/Omb-NHRI (2007) 1 Rev 3, “Effective Protection of Human Rights in Europe: Enhanced Co-operation between Ombudsman, National Human Rights Institution and the Council of Europe Commissioner for Human Rights”, Athens, 12-13 April 2007.
- Commonwealth Secretariat, National Human Rights Institutions, Best Practice, 2001.
- Disability Right Commission, Annual Report and Accounts, April to September 2007, s.4-5.
- Equal Opportunities Commission, Annual Report & Accounts, April to September 2007.
- Equality and Human Rights Commission, Corporate Governance Code of Practice and Conduct For The Chair And Committee Members of Equality and Human Rights Commission, The Commission Board Governance Framework, February 2007.
- Gauthier de Beco, “National Human Rights Institutions in Europe” Human Rights Law Review, 7:2, 2007, 331-370.
- General Assembly, National Institutions for the promotion and protection of human rights, Report of the Secretary-General, A/48/340, 23 September 1993.
- Gonzalo Elizondo and Irene Aguilar, “The Ombudsman Institution in Latin America: Minimum Standards for its Existence”, National Human Rights Institutions, Articles and working papers, Edited by Birgit Lindsnaes, Lone Lindholt, Kristine Yigen, The Danish Centre for Human Rights, s. 209-222.
- International Council on Human Rights Policy, Assessing the Effectiveness of National Human Rights Institutions, Versoix, Switzerland, 2005.
- International Council on Human Rights Policy, Performance & Legitimacy: National Human Rights Institutions, Versoix, Switzerland, 2000.

- Jeong-Woo Koo/Francisco O. Ramirez, “ National Incorporation of Global Human Rights: Worldwide Expansion of National Human Rights Institutions, 1966-2004, *Social Forces* 87/3, March 2009, s.1321-1354.
- Leaflet German Institute for Human Rights, <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/en/about-us/mandate.html>, 08.10.2010.
- Lessons from National Human Rights Institutions Around the World for State and Local Human Rights Commissions in the United States, Prepared by Shubhankar Dam for the Executive Session on Human Rights Commissions and Criminal Justice Kennedy School of Government, Harvard University, August 2007, p. 1. Executive Session Papers, Human Rights Commission and Criminal Justice, Marea L. Beeman (Series Editor)
- Linda C. Reif, “Building Democratic Institutions: The Role of National Human Rights Institutions in Good Governance and Human Rights Protection”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol.13, 2000, s. 12-13.
- Michael Dodson, Donal Jackson, “Horizontal Accountability in Transitional Democracies: The Human Right Ombudsman in El Salvador and Guatemala, *Latin American Politics and Society*, 46/4.
- Morten Kjaerum, National Human Rights Institution Implementing Human Rights, Danish Institute for Human Rights, Denmark 2003.
- Mu’taz Qafisheh, Defining the Role of National Human Rights Institutions With Regard to the United Nations, Institute of International Studies, Geneva, Legan Report Series (36).
- National Consultative Commission on Human Rights, Diplomacy and Human Rights, (Opinion adopted by the Plenary Assembly on February 7th 2008, the creation of “French Institute for Human Rights”).
- National Human Rights Institutions, Conflict Management and Peace building in Africa, Le Vendôme Hotel, Sea Point, Cape Town, 29 November – 3 December 2004, Facilitators: Victoria Maloka and Michelle Parlevliet Centre for Conflict Resolution, Technical Seminar Report, Rapporteurs: Ghalib Galant and Victoria Maloka,
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Handbook on National Human Rights Plan of Action, Professional Training Series

- No. 10, United Nations, New York And Geneva, 29 August 2002;
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Economic, Social and Cultural Rights, Handbook for National Human Rights Institutions, Professional Training Series No. 12, United Nations, New York and Geneva, 2005.;
- Peter Vedel Kessing, “Implementation of The Western Ombudsman Model In Countries In Democratic Transition”, National Human Rights Institutions, Edited by Birgit Lindsnaes, Lone Lindholt, Kristine Yigen, The Danish Centre for Human Rights, Denmark, 2001, s. 121-142.
- Rachel Murray, The Role of National Human Rights Institutions at the International and Regional Levels: The Experience of Africa, Oxford And Portland, Oregon, 2007;
- The Australian Human Rights Act 1986, Act No. 125 see. http://www.hreoc.gov.au/about/president_commissioners/index.html, 07.10.2010.
- The Australian Human Rights Centre, National Human Rights Institutions: An Overview of the Asia Pacific Region, International Journal on Minority and Group Rights 7: 207-278, 2000;
- The Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, 8th Round Table of European Ombudsmen, Oslo, 3-5 November 2003 Final Document adopted by the ombudsmen of Council of Europe member States in conclusion of the Round Table Round Table organised jointly by the Norwegian Ombudsman and the Council of Europe Commissioner for Human Rights, CommDH/OMB (2003) 24, Strasbourg, 5 November 2003.
- The Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, The Role of the Ombudsman in States Governed by the Rule of Law, CommDH(2004)16, Strasbourg, 10 May 2004.
- The Danish Centre for Human Rights, National Human Rights Institutions: Articles and working papers, Edited by Birgit Lindsnaes, Lone Lindholt, Kristine Yigen, Denmark, 2001.
- United Nation, Fact Sheet No. 19, National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, April 1993.

United Nations General Assembly, The Role of the Ombudsman, mediator and other national human rights institutions in the promotion and protection of human rights, A/RES/63/169, 20 March 2009; A/RES/63/172, 20 March 2009; A/RES/64/161, 12 March 2010.

United Nations, National Human Rights Institutions, A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, Professional Training Series No. 4, New York and Geneva, 1995.

Victor O. Ayeni, "Ombudsman as a Human Rights Institutions: A New Face of a Global Expansion", s. 3.

Yunseon Heo, National Human Rights Institutions in the Asia-Pacific Region: Assessment and Prospect, Graduate School, University of Seoul, Seoul, 2000; International Council on Human Rights Policy, Performance & Legitimacy: National Human Rights Institutions, Geneva, 2000.;

<http://www.barnombudsmannen.se/Adfinity.aspx?pageid=85>

http://www.cncdh.fr/rubrique.php3?id_rubrique=132

http://www.defensordelpueblo.es/web_ingles/index.asp?destino=todosobredefensor.asp

<http://www.equalityhumanrights.com/about-us/vision-and-mission/annual-reports/previous-commissions-annual-reports/>

<http://www.humanrights.dk/about+us>,

<http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/en/about-us/mandate.html>

http://www.jo.se/Page.aspx?MenuId=12&ObjectClass=DynamX_Documents&Language=en

<http://www.jus.uio.no/smr/english/>

<http://www.law.ualberta.ca/centres/ioi/About-the-I.O.I./Concept-and-Institution.php>

http://www.nchr.gr/category.php?category_id=121

http://www.nhri.net/2009/Chart%20of%20the%20Status%20of%20NIs%20_2%20June%202009__final.pdf.

<http://www.nhri.net/NationaldataListPrint.asp?MODE=1&ID=1>

<http://www.ombudsman.europa.eu/atyourservice/regionalombudsmen.faces>

<http://www.ombudsman.europa.eu/resources/strategy.faces#hl1>

<http://www.un.org/en/ombudsman/help.shtml>

BOŞ

ANAYASA YAPIMINDA YENİ BİR PARADİGMA: KAPSAYICI, KATILIMCI, UZLAŞMACI ANAYASA YAPIM SÜREÇLERİ VE ÇEŞİTLİ ÖRNEKLER

Serdar GÜLENER*

ÖZET

Yirminci yüzyılın son çeyreği ile yirmi birinci yüzyılın ilk çeyreğinde anayasa yapım yöntemlerinde paradigmatik bir kırılma meydana gelmiştir. Daha önce kurucu meclis sistemi içinde temsilcileri aracılığıyla anayasa yapımında söz sahibi olan bireyler, bu dönemden itibaren doğrudan anayasa yapımına katılma imkânı elde etmiştir. Artık anayasa yapımının meşruiyetini sürecin kapsayıcılığı ve bireylerin sürece ne ölçüde katıldıkları belirlemektedir. Demokratik bir anayasanın ortaya çıkabilmesi için anayasayı meydana getirecek sürecin anayasa ile muhatap olacak tüm unsurları kapsamayı, sürece dahil etmesi ve sürecin sonunda bu unsurların üzerinde uzlaştığı bir metin meydana getirmesi gerekmektedir. Bu çalışmada çeşitli ülke örneklerinden yola çıkılarak anayasa yapımında ortaya çıkan bu değişimin ana hatları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, anayasa yapımı, demokratik anayasa yapımı, kapsayıcı anayasa yapımı, katılımcı anayasa yapımı.

NEW PARADIGM IN CONSTITUTION MAKING: INCLUSIVENESS, PARTICIPATORY AND CONCILIATORY CONSTITUTION MAKING PROCESSES AND SOME CASES

ABSTRACT

In the last quarter of 20th century and in the first quarter of 21st century, there has occurred paradigmatic fraction in methodology of constitution making. Individuals, who took part in constitution making with their representatives before, has had an opportunity to take part directly in constitution making following this era. Any longer, inclusiveness of the process and participation of individuals to process has determined the legitimacy of constitution making. In order to compose a democratic constitution, the constitution-making process should include all the elements related with constitution and it should form a text on which there is an agreement. In this work, these developments in constitution making will be analyzed considering some cases.

Key Words: Constitution, constitution making, democratic constitution making, inclusiveness constitution making, participatory constitution making.

* Yrd. Doç. Dr. Sakarya Üniversitesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, sgulener@sakarya.edu.tr

Giriş: Anayasa Yapımında Paradigma Değişimi

Devlet iktidarını sınırlandırmayı ifade eden anayasacılık düşüncesinin kullandığı en önemli araçların başında gelen anayasa, bireyin hak ve özgürlüklerinin korumak amacıyla devletin organlarını ve organları arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Bu açıdan bakıldığında anayasalar normatif bir kimliğe bürünmektedir. Ancak anayasalar aynı zamanda bir değerler sistemi de oluşturmaktadır. Devlete hâkim olacak bu değerler anayasa yoluyla politik, sosyal hatta ekonomik hayata aktarılabilir. Anayasaya ruhunu veren bu değerlerin ne olduğu ise anayasal sistemin başarısını da büyük oranda etkilemektedir. Dolayısıyla anayasaya aktarılan değerler bireyi merkeze aldığı oranda anayasacılık felsefesiyle örtüşecektir. Bunu belirleyecek olan ise anayasanın nasıl yapıldığıdır.¹

İlk yazılı anayasa olan 1787 Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın ardından yazılı anayasa geleneği dalgalar halinde birçok ülke tarafından benimsenmiştir. ABD ve Fransız anayasaları ile başlayan birinci dalgayı, 1848 devrimleri ile ortaya çıkan kısa anayasalar dönemi takip etmiştir. Birinci Dünya Savaşı sonrası süreç birçok Orta ve Doğu Avrupa ülkesinin yeni anayasalara kavuşmasını sağlamıştır. İkinci Dünya Savaşı'nın ardından İtalya, Batı Almanya ve Japonya gibi ülkeler yeni birer anayasa yapma yoluna gitmiştir. Bu süreci 1960'lı yıllarda Afrika'da yer alan ve bağımsızlıklarını kazanan eski İngiliz ve Fransız kolonilerinin bir kısmı, 1970'lerin ortalarında ise otoriter rejimlerin yıkılmasıyla Yunanistan, Portekiz ve İspanya takip etmiştir.²

Sovyetler Birliği'nin yıkılmasının ardından Birlik çatısı altında bulunan bir çok devlet bağımsızlıklarını ilan ederek, 1990'lı yılların başından itibaren yeni bir anayasa yapım dalgası başlatmışlardır.

Otoriter bir yönetimden demokrasiye geçiş şeklinde gerçekleşen bu anayasa yapım süreçlerini, 1990'lı yılların ortasından başlayan ve birçoğu bugün de devam eden son dalga anayasa yapım süreçleri oluşturmaktadır. Son dalgada yer alan birçok ülkede anayasa yapım ihtiyacını doğuran ana etkenin

¹ Anayasanın yapılışı ile içeriği arasındaki ilişkiyi ele alan bir çalışma için bkz. Bilgen, Ayşe Candaş, "Anayasanın Nasıl Yapıldığı İçeriğini Etkiler mi? Anayasa Yazma Süreçlerinin Dünyadaki Örnekleriyle Son 25 Yılda Edindirdiği Bulgular", (Bkz. www.anayasa.org... (Erişim Tarihi: 04.06.2011)).

² Elster, Jon, "Constitutionalism in Eastern Europe: An Introduction", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 58, No. 2, Approaching New Legal Order for Eastern Europe, 1991, s. 447-448.

ülke içinde varolan derin etnik, dilsel ve dini ayrılıklardan dayalı çatışma ortamının olduğu söylenebilir.

Tüm bunlardan yola çıkıldığında varılan nokta anayasa yapımında yeni bir paradigmanın ortaya çıkışıdır. Bu yeni paradigma Arato³ tarafından *egemen-sonrası (post sovereign) anayasa yapımı* biçiminde adlandırılırken, Hart'a⁴ göre ise sürecin adı *demokratik anayasa yapımıdır*. Amerikan ve Fransız anayasacılık geleneğinden farklı bir anlayışı ortaya koyan yeni paradigma anayasa yapımının sonucunda meydana getirilen metinden ziyade anayasanın yapım sürecine odaklanmaktadır. Bu şekilde anayasa amaç olmaktan ziyade, süreç içinde gerçekleşen kapsayıcılık ve katılımın sonunda meydana gelen uzlaşının kendiliğinden ortaya çıkardığı bir metne dönüşmekte ve meşruiyetini bu süreçten almaktadır.⁵ Aynı zamanda demokratik anayasa yapımı anayasayı elit bir grubun değil, doğrudan halkın ürünü haline sokmaktadır.⁶

Temsil olgusu ile ifade edilmesi gereken geleneksel anayasa yapım⁷ sürecinde değişime yol açan temel faktör günümüz demokrasisinin aldığı yeni biçim(ler) ile yakından ilgili gözükmektedir. Anayasa yapımını elitlerin (temsilcilerin) elinden alıp halka veren de bu değişimin karakteridir. Günümüzde demokrasinin ana unsurlarından biri katılımdır. Ancak katılım ile bütünleşen başka bir unsur daha vardır ki bu da “kapsayıcılık”tır.

Demokrasiye getirilen yeni yorumlardan biri olan kapsayıcı demokrasinin taraftarlarına göre demokrasi; politik, ekonomik, sosyal ve ekolojik olmak üzere dört yaşam alanı içinde değerlendirilmelidir. Bunlardan politik alan doğrudan halk katılımını ifade eden *politik demokrasiyi*, ekonomik alan ekonomik kararların alındığı *ekonomik demokrasiyi*, sosyal alandaki *demokrasi*; demokratik bir toplumda karar alımının gerçekleştiği, eğitim kurumlarının, ekonomik ve kültürel kurumların yer aldığı alanı ve ekolojik alan ise bu

³ Arato, Andrew, “Post Sovereign Constitution-making in Hungary: After Success, Partial Failure, and Now What?, Part One”,(Bkz. <http://lapa.princeton.edu...>(Erişim Tarihi: 20.05.2011)).

⁴ Hart, Vivien, “Democratic Constitution Making”, **United States Institute of Peace (USIP) Special Report**, 2003, s. 1-12.

⁵ Katılımcı bir sürecin her zaman anayasanın meşruiyetini sağlamayabileceğini tartışan bir çalışma için bkz. Moehler, Devra C., “Participation and Support for the Constitution in Uganda”, **Journal of Modern African Studies**, 2006, 44/2.

⁶ Hart (2003), s. 3.

⁷ Amerikan ve Fransız tipi kurucu meclisleri bu kapsam içine dahil etmek mümkün. Temsili esas alan bu sistemlere dair ayrıntılı bilgi için bkz. Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 4. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1997, s. 148-154.

üç demokrasinin tümünün yaşama imkanı bulduğu doğal dünyayı (çevreyi) yani *ekolojik demokrasiyi* ifade etmektedir. Bugün demokrasinin bu alanlarla arasında çok boyutlu bir kriz vardır. Bunu çözmek için ise temsili demokrasinin meydana getirdiği eşitsiz (hijerarşik) güç dağılımı yerine, tüm alanlarda eşit bir güç dağılımının oluşturulması, böylece demokrasinin yaşama şansı bulduğu bu dört alanla ilişkisinin yeniden tanımlanması gerekmektedir. Bu ise ancak demokrasinin yaşama şansı bulduğu bu alanlarda eşit güç dağılımının sağlanmasıyla gerçekleşebilir.⁸ Gücün eşit dağılması ise karar alım sürecinin, tüm unsurlarının önce tanınması ardından ise sisteme katılması ile mümkün olmaktadır. Bu noktada karar alım sürecinin ikinci boyutu devreye girmektedir. Herkesi kapsayan bir süreç bunu işlevsel hale getirebilmek için gerekli katılım mekanizmalarını da açmak zorundadır.

Anayasa yapımının demokratik meşruiyeti kapsayıcılık ve katılımı ön plana çıkararak farklı kimliklerin uzlaşmasının sağlanmasıyla mümkün olabilir. Bu yönüyle savunmasız ve hassas toplum grupları ve azınlıkları koruyan, tüm bireylerin altına sığınabilecekleri bir şemsiye görevi üstlenmelidir.⁹ Bireylerin farklılıklarından korkmadan bir araya gelebildikleri, özgürce tartışabildikleri mekanizmaların kurulması bu uzlaşının ön şartını oluşturmaktadır. Sivil toplum kuruluşları ile siyasi partilerin ana aktörler olarak yer aldığı bu süreçte, kişi güvenliğinin sağlanmış olması ve toplumsal iletişim kanallarının açık olması sağlanmalıdır.¹⁰

Bugün Türkiye’de 1982 Anayasası’nın değiştirilmesine dönük olarak ciddi bir sosyal ve siyasal talebin olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Buna ilişkin çeşitli girişimlerde son yirmi yıldır zaman zaman dile getirilmektedir.¹¹

⁸ Kapsayıcı demokrasinin kavramsallaştırılmasına ilişkin olarak bkz. Fotopoulos, Takis, **Towards An Inclusive Democracy: The Crisis of the Growth Economy and the Need for A New Liberatory Project**, Cassell Publication 1997, s. 205-223.

⁹ Constitution Making in Nepal: Report of a Conference Organized by the Constitution Advisory Support Unit, **UNDP**, s. 8.

¹⁰ Hart (2003), s. 1.

¹¹ Bu çerçevede gerçekleştirilen girişimlerin bazıları şunlardır. Prof. Dr. Erdoğan Teziç Başkanlığı’nda 9 Hukuk Profesör tarafından hazırlanan “Yeni Bir Anayasa İçin” isimli çalışma (1992), Prof. Dr. Bülent Tanör tarafından TÜSİAD için hazırlanan “Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifler” isimli çalışma (1997), Prof. Dr. Bülent Tanör tarafından TÜSİAD için hazırlanan “Türkiye’de Demokratik Standartların Yükseltilmesi” isimli çalışma (1999), bir grup bilim adamı tarafından TOBB için hazırlanan “Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi Anayasa 2000” (2000) isimli çalışma, bir grup anayasa hukukçusu ve hukukçu tarafından TBB için hazırlanan “Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi” isimli çalışma (2001), Prof. Dr. Zafer Üskül tarafından TÜSİAD için hazırlanan “Türk Demokrasisi’nde 130 Yıl” isimli

Bununla birlikte artan bu taleplerle ilgili olarak anayasa yapımını karşılaştırmalı olarak ele alan çeşitli çalışmalardan bahsetmek mümkündür.¹² Bu makalede bahsi geçen çalışmalardan farklı olarak anayasa yapımında yirminci yüzyılın son çeyreği ile yirmi birinci yüzyılın ilk çeyreğinde ortaya çıkan yeni bir paradigmanın ana hatları ortaya konulacaktır. Kapsayıcılık, katılımcılık ve uzlaşma temeline oturan bu paradigmanın çerçevesi çizilirken Macaristan, Polonya, Bulgaristan gibi demokrasiye geçişlerini eski rejim ile yeni kurulacak olanın uzlaşmasına dayandıran Güney Afrika, Uganda gibi geçiş sürecinde halk katılımının yüksek düzeyde olduğu ve Nepal gibi anayasa yapımını kapsayıcılık üzerine inşa etmiş örneklerden hareket edilecektir. Bu örnekler incelenirken anayasa yapım süreçlerinin temel bileşenleri Elster'den¹³ ödünç alınan şu sorulara verilen cevaplarla açıklanmaya çalışılacaktır.

- Anayasayı yapacak olan meclisler nasıl bir araya geliyor?
- Bu meclislerin işleyiş usulü nedir?
- Bireylerin, grupların ya da kurumların talepleri nihai anayasa metnine nasıl yansıyor?
- Anayasanın onay usulü nasıl gerçekleşmektedir?

çalışma, Prof. Dr. Ergun Özbudun ve bir grup anayasa ve kamu hukukçusu tarafından AKP isteğiyle hazırlanan “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Önerisi” isimli çalışma (2007) ve TBB tarafından 2001 yılında hazırlanan Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi” isimli çalışmanın güncellenmiş hali (2007), TESEV Anayasa komisyonu tarafından hazırlanan “Türkiye'nin Yeni Anayasası'na Doğru” adlı rapor (2011), Stratejik Düşünce Enstitüsü (SDE) tarafından hazırlanan “Vesayetsiz ve Tam Demokratik bir Türkiye için İnsan Onuruna Dayanan Yeni Anayasa” adlı rapor (2011). Bir anayasa önerisi olmamakla birlikte, TÜSİAD tarafından bir grup akademisyen ve uzmanın katılımıyla gerçekleştirilen “Yeni Anayasa Yuvarlak Masa Toplantılar Dizisi: Yeni Anayasanın Beş Temel Boyutu” adlı rapor (2011).

¹² Bu konuda öne çıkan çalışmalar için bkz. Özbudun, Ergun, **Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı**, Bilgi Yayınevi, Ankara 1993; Atar, Yavuz, **Demokrasilerde Anayasal Değişimin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı**, Mimoza Basım Yayım Dağıtım, Konya 2000. Son dönemde yeni bir anayasanın yapılması talebiyle bir araya gelmiş çeşitli sivil toplum kuruluşlarının sayısında da önemli bir artış meydana gelmiştir. Bu kuruluşlar internet de dahil çeşitli iletişim kanallarını kullanarak birçok araştırma ve toplantı düzenlemekte, oluşturulması düşünülen yeni anayasada sivil toplumun etkisini arttırmayı hedeflemektedir. Bu kuruluşlardan başlıcaları şunlardır: Ekolojik Anayasa Girişimi, Demokratik Anayasa Hareketi, Anayasa Platformu, Herkesin Anayasa Hareketi, Özgürlükçü Anayasa Platformu, Yeni Anayasa Platformu, Sivil Dayanışma Platformu.

¹³ Elster, Jon, “Constitution Making in Eastern Europe: Rebuilding the Boat in Open Sea”, **Public Administration**, Vol. 71, 1993, s. 178.

I. Polonya

Polonya’da anayasa yapımı bağımsız ve kendiliğinden gelişen süreç olarak ortaya çıkmıştır. Ancak Elster’in de ifade ettiği üzere Hem Polonya’da hem de (daha sonra belirtileceği üzere) Macaristan’da bu süreci ortaya çıkaran yönetimlerin kötü ekonomik performanslarının ve buna bağlı olarak gelişen toplumsal huzursuzlukların ortadan kaldırılabilmesi ve ekonomik anlamda dış yardım ihtiyacı bu sürecin belirleyicileri olmuştur.¹⁴ Bununla birlikte süreci başlatmakta etkisi olmamakla beraber, sürecin yumuşak bir biçimde gerçekleşmesinde Komünist Parti’nin içindeki sertlik yanlısı olmayan unsurların muhalif unsurlarla uzlaşma yoluna gitme istekleri oldukça belirleyici bir rol üstlenmiştir.

Polonya’da anayasa yapım süreci komünizm sonrası birçok Orta ve Doğu Avrupa ülkesinde olduğu gibi iki aşamalı bir gelişim göstermiştir. Bu aşamalardan ilki Yuvarlak Masa Konuşmaları¹⁵ (YMK)’dir. Bu yönüyle Polonya tecrübesi “uzlaşmalı bir devrim”in¹⁶ ürünüdür.

Anayasa yapımının ilk aşamasını meydana getiren ve Şubat-Nisan 1989 tarihleri arasında gerçekleşen YMK’ya toplumdaki değişik siyasi görüşleri temsilen elli yedi temsilci katılmıştır. Komünist rejimin (hükümet koalisyonu) ve muhalif siyasi örgütlerden (dayanışmacı muhalifler) oluşan bu temsilciler, Polonya Birleşik İşçi Partisi (PBİP), Bağımsız-Özerk Sendika, PBİP’nin desteklediği Birleşik Köylü Partisi, Demokratik Parti, Hıristiyan Toplum Birliği, Birleşik Polonya Katolikleri, Polonya Sendikalar Birliği gibi siyasi organizasyonlar ve kitle örgütleridir. Temsilciler “Sendikal Çoğulculuk”, “Ekonomik ve Sosyal Sorunlar” ve “Politik Reform” adlarını taşıyan üç ayrı çalışma grubuna, bunlar da kendi içinde on uzmanlık grubuna ayrılmış ve değişikliğin taslak metnini bu gruplar hazırlamıştır.¹⁷ Polonya’da YMK

¹⁴ Elster (1993), s. 188. Gönenç, Polonya’nın geçiş döneminin diğer Doğu Bloku ülkelerinden farklı bir seyir izlediğini belirtmektedir. Bunu iki nedene dayandırmaktadır. Bunlardan ilki Polonya’nın tarihsel olarak dirençli-güçlü bir dayanışma ve muhalefet ruhuna sahip olmasıdır. İkincisi ise Komünist rejimin Polonya’da totaliter değil otoriter bir sistem kurmuş olmasıdır. Dolayısıyla sınırlı da olsa her zaman muhalif hareketler yaşama şansı bulmuştur (Bkz. Gönenç, Levent, Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/New York 2002, s. 125-126).

¹⁵ National Round Table Talks.

¹⁶ Sanford, George, **Democratic Government in Poland**, Palgrave Macmillan, New York 2002, s. 50.

¹⁷ Sanford (2002), s. 53.

sürecinin önemli bir bileşeni de Katolik Kilisesi'dir. Oldukça gizli yürütülen görüşmelerde Katolik Kilisesi de YMK içinde yer almış, özellikle hassas konuların görüşüldüğü anlarda hakemlik rolü üstlenmiştir.¹⁸ Nihayetinde Nisan ayına gelindiğinde YMK bir uzlaşma metni hazırlamış ve 1952 Anayasası'nda yapılacak değişikliklerinin yönü belirlenmiştir. Polonya'da gerçekleştirilen YMK Macaristan'da olduğu gibi yeni bir anayasadan öte rejimi demokrasiye dönüştürecek değişikliklerin hazırlayıcısı olmuştur.

YMK'nın üzerinde uzlaşmaya vardığı metin, Parlamentonun ikinci kanadı olan Senato'yu ve Başkanlık kurumunu yeniden şekillendirmiş ve yasama-yürütme ilişkilerini büyük ölçüde rasyonelleştirilmiş parlamentarizm doğrultusunda dönüştürmüştür.¹⁹ Böylece Komünist Parti'nin anayasal sistem içindeki ayrıcalıkları ortadan kaldırılırken politik alanın yeniden inşasında diğer aktörlerin de rol alması sağlanmıştır. Bununla birlikte özel mülkiyetin ve serbest pazar ekonomisinin oluşturulmasının anayasal temelleri atılmıştır.²⁰ Bu çabalar ilk meyvesini Ağustos 1989 tarihinde gerçekleşen seçimlerle birlikte vermiş ve hükümeti büyük oranda muhalif güçler ele geçirmiştir. Mart 1990 tarihinde bir değişiklik daha gerçekleştirerek yeni bir yerel yönetim sistemi meydana getirilmiş, bundan sonraki iki yıl boyunca anayasada görece daha küçük değişiklikler yapılarak anayasanın temel hazırlıkları gerçekleştirilmiştir. Böylece Polonya'yı demokrasiye geçirecek olan yeni anayasanın da ilk safhası tamamlanmıştır. Yeni anayasanın temel ilkeleri ve bu anayasayı hazırlayacak olan parlamentonun altyapısı bu süreç içinde hazırlanmıştır. Bundan sonra yeni anayasanın yapımına ilişkin atılacak somut adımlar belirlenmiştir. Ve bu çerçevede yeni bir anayasa hazırlanması yönünde çeşitli taslak metinler oluşturulmuş, bunlar gerek parlamento içinde meydana getirilen komitelerce gerekse parlamento dışındaki siyasal örgütlerden ve kişilerden toplanan görüşler etrafında şekillendirilmiştir. Bu sırada 1992 yılında en kapsamlı değişikliklerden biri yapılmış, ülkeyi 1997 Anayasası yapılarına kadar olan süreçte yönetecek olan ve 1992 (geçici) Anayasası olarak da adlandırılan belge ortaya çıkmıştır. 1992 Anayasası ile Fransız tipi yarı-başkanlık sisteminin bir benzeri

¹⁸ Garlicki, Lech, "Constitution Making, Peace Building, and National Reconciliation: The Experience of Poland", (Bkz. www.constitutionnet.org... (Erişim Tarihi: 06.06.2011)).

¹⁹ Garlicki, Lech, "Constitutional Law", **Introduction to Polish Law**, Ed. Stanislaw J. Frankowski, Kluwer Law International, Hague 2005, s. 3.

²⁰ Rapaczynski, Andrzej, "Constitutional Politics in Poland: A Report on the Constitutional Committee of Polish Parliament", **The University of Chicago Law Review**, Vol. 58, No. 2, Approaching Democracy: A New Legal Order for Eastern Europe (Spring), 1991, s. 601.

ile geleneklerin karması olan, devlet başkanını otoriter ve güçlü bir figür haline getiren düzenlemeler getirilmiştir.²¹

1992 yılında yapılan geçici anayasanın ardından da yeni bir anayasa yapımı konusundaki çabalar artarak devam etmiştir. Bu çerçevede “Anayasa’nın Hazırlanması ve Yürürlüğe Girmesine Dair Kanun” çıkarılmış ve bu kanunla Parlamentoda yeni bir anayasa komitesi oluşturulması kararı alınmıştır. Komiteye anayasa taslağını hazırlama görevi verilmiştir. Komite çeşitli taslaklar hazırlayarak parlamentoda tartışmaya açmıştır. 1993-1996 arasında özellikle değişen iktidarlar nedeniyle zaman zaman kesintiye uğramakla birlikte anayasa taslağı hazırlamakla görevli yeni komiteler oluşturulmuş, bu komiteler meclis dışından da çeşitli anayasa taslaklarını kabul etmiştir. Daha sonra içinde siyasi partilerin, sendikaların, kiliselerin, akademisyenlerin ve başka profesyonel organizasyonların olduğu bir liste hazırlayarak bunları müzakerelere davet etmiştir. En sonunda nihai bir metin oluşturulmuş ve bu metin 25 Mayıs 1997 tarihinde halkın %52’si tarafından kabul edilmiştir.²²

II. Macaristan

Macaristan’da anayasa yapım süreci komünizm sonrası Polonya’dakiyle örtüşen bir biçimde iki aşamalı bir gelişim göstermiştir. Bu aşamalardan ilki YMK sürecidir. Komünist parlamenterlerin ve rejimin diğer organlarının temsilcileri sürecin önemli aktörleri olarak ortaya çıkmıştır. YMK aynı zamanda ikinci aşamayı oluşturmuş olan olağan anayasa yapım süreci üzerinde de belirleyici olmuştur.²³

1988 yılından itibaren kötüye giden Macar ekonomisi ve ardından Komünist rejime karşı halk desteğinin azalması üzerine, iktidarda bulunan Macar Sosyalist İşçi Partisi (MSİP)²⁴ liderlik kadrosunda bir değişime gitmiştir. Yeni yönetimin yapmaya çalıştığı ilk icraat yeniden halk desteğini kazanmaya çalışmak olmuş ve bu yönde birçok adım atmıştır. 1988 yılının Mart ayından iti-

²¹ Priban, Jiri, “Reconstituting Paradise Lost: The Temporal Dimension Of Postcommunist Constitution-Making”, **Papers Presented in the Center for the Study of Law and Society Bag Lunch Speaker Series**, 2003, s. 22. (Bkz. www.law.berkeley.edu/..(Erişim Tarihi: 03.06.2011)).

²² 1997 Anayasası’na giden sürecin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. Garlicki, Lech, “Constitution Making, Peace Building, and National Reconciliation: The Experience of Poland”, (Bkz. www.constitutionnet.org/..(Erişim Tarihi: 06.06.2011)).

²³ Elster (1993), s. 187.

²⁴ Magyar Szocialista Munkdpsceirt (MSZMP).

baren başlayan sokak gösterileri de iktidara dönük ciddi bir uyarı niteliği taşımış ve MSİP’i komünist rejimin toplumsal desteğini tekrar sağlamak amacıyla 1949 tarihli anayasanın değiştirilmesi yönünde adım atmaya zorlamıştır.²⁵ Bir taraftan ülke içindeki olaylar diğer taraftan MSİP’nin içinde anayasanın değiştirilmesi gerektiği yönündeki ayrışmalar sürerken dönemin Adalet Bakanı Kalman Kulcsar başkanlığında yeni bir anayasa hazırlama komisyonu meydana getirilmiştir. Böylece YMK’na giden sürecin ilk adımı atılmıştır.

Şubat 1989 tarihinde gerçekleşen MSİP’nin merkezi parti komitesi toplantısında 1956 (Macar) Devrimi’nin yeniden yorumlanması gerektiğini savunanlar ile barışçıl bir dönüşümle çok partili parlamenter sisteme geçilmesi taraftarları iki farklı kutbu oluşturmuştur. Komite’de çoğunluk oyu ile barışçıl geçişi savunanlar istedikleri kararları aldırılmış, bunun ardından muhalif gruplarla diyalog kurulması yönünde önemli adımlar atılmaya başlanmıştır.²⁶ Bu diyalogun kurulmasında YMK önemli bir araç olarak kullanılmıştır. Macarsitan’da YMK süreci üç evre içinde değerlendirilebilir.²⁷

Bu evrelerden ilki 22 Mart tarihinde Budapeşte Hukuk Okulu’nda başlayıp 10 Haziran’da sona eren YMK’dır²⁸. Bu YMK’na MYSİP’nin başlatmış olduğu liberalizasyon süreci ile birlikte ülkede ortaya çıkan bir çok politik organizasyon ve politik örgüt katılmıştır. Bunların bir kısmı Bağımsız Çiftçi Partisi gibi Komünizm öncesi dönemin partileri, bir kısmı ise yeni kurulan Macar Liberal Partisi (Özgür Demokratlar Birliği), Liberal Parti ile işbirliği yapan genç radikallerin oluşturduğu Genç Demokratlar Federasyon, Demokrat Forum gibi örgütlenmelerdir. Bunların dışında adını Macarların anti-Nazi mücadelesinin önde gelen isimlerinden biri olan Bajcsy Zsilinszky Kórház’dan alan Bajcsy Zsilinszky Kórház Dostları Birliği, Macar Halk Partisi, Bağımsız Sendikalar Birliği ve Hristiyan Demokratlar’dır.

Macaristan YMK’ı da ilk üç ay içinde gerçekleşen ilk toplantılar, anayasa yapım sürecinin hazırlık dönemini meydana getirmiştir. Bunun ardından Haziran-Eylül arasında ikinci YMK süreci gerçekleştirilmiştir. İkinci YMK

²⁵ Andras Sajo, “The Roundtable Talks in Hungary”, Ed. Jon Elster, **The Roundtable Talks**, The University of Chicago Press, Chicago 1996, s. 69-70.

²⁶ Sajo (1996), s. 71.

²⁷ Bozoki, Andras, “Introduction: The Significance of the Roundtable Talks”, **The Roundtable Talks of 1989 The Genesis of Hungarian Democracy Analysis and Documents**, Ed. Andras Bozoki, Central European University Press, Budapest 2002, s. xxi.

²⁸ Ellenzéki Kerekasztal (EKA).

döneminin ardından büyük oranda anayasa üzerinde yapılacak olan reform kesinleşmiştir. Ekim 1989 tarihinde mevcut parlamento üçte iki çoğunluk ile üzerinde uzlaşmaya varılmış olan konuları içeren kapsamlı bir anayasa değişikliğini gerçekleştirmiş ve 23 Ekim tarihinde cumhuriyet ilan edilmiştir. Bunun ardından yeni kurulan hükümetin de muhatap olarak alındığı Nisan 1990 tarihinde yapılan genel seçimlere kadar süren üçüncü YMK²⁹ süreci başlamıştır. Bu süreçte daha ziyade uzlaşmaya varılan ilkeler üzerinden anayasa değişikliği metninin ayrıntıları görüşülmüştür.

18 Ekim 1989 değişikliği ile birlikte Macaristan'da yeni bir Anayasa Mahkemesi ve Sayıştay kurulması kararlaştırılmıştır. Yasama ve yürütme organlarına ilişkin değişiklikler 1990 yılında yapılan seçimlerden sonraya ertelenmiştir.³⁰

Anayasanın yapımında YMK'ı belirleyici bir rol üstlenmiş olsa da süreç doğrudan halkın dahil edilmesi de sağlanmıştır. Örneğin devlet başkanının seçiminin serbest seçimler gerçekleştirildikten önce mi yoksa sonra mı yapılması gerektiği ve Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu Kasım ayında yapılan referandum ile belirlenmiştir.³¹

Yeni bir anayasa yapılmadığı halde komünist rejimden demokrasiye geçişte ciddi değişikliklere maruz kalan Macaristan Anayasası'nın yeni formuna kavuşmasında YMK süreci belirleyici bir rol üstlenmiştir. Anayasa metni üzerindeki nihai uzlaşma, sivil toplumun ve önde gelen siyasi organizasyonların eski rejimle karşılıklı olarak gerçekleştirdiği YMK'da ortaya çıkmıştır. Hukuksal bir çerçeveden uzak olan YMK müzakereci bir süreci doğurmuş, sürecin bu niteliği ise anayasa değişikliklerinin eski rejimle muhalifler arasında gerçekleşen bir "pakt" olmasını sağlamıştır.³²

1989 yılında Komünist rejimden demokrasiye geçişte anayasasını ciddi değişikliklere tabi kılan Macaristan, 2011 yılında yepyeni bir anayasayı kabul etmiştir.³³ Ancak bugün Macaristan 1989'dan farklı olarak yeni anayasasının

²⁹ Bozoki (2002), s. xxi.

³⁰ Dezso, Marta Deszo, Bernadette Somody, Attila Vincze, Eszter Bodnar, Nora Novoszadek, Beatrix Vissy, **Constitutional Law in Hungary**, Kluwer Law International, 2010, s. 30.

³¹ Halmai, Gabor, "The Reform of Constitutional Law in Hungary After Transition", **Legal Studies**, Vol. 18, No. 2, 1998, s. 191.

³² Halmai (1998), s. 189.

³³ Yeni Macar Anayasası 18 Nisan 2011 tarihinde 386 üyeli parlamentoda 262 evet oyu ile kabul edilmiştir. 25 Nisan 2011 tarihinde ise devlet başkanı tarafından onaylanmıştır. Anayasa

hazırlanışındaki sorunları tartışmaktadır. Bunun temel nedeni ise anayasanın hazırlanma sürecindeki bazı meşruiyet sorunlarıdır.

Yeni anayasa parlamentoda çoğunluğu elinde bulunduran merkez sağ FIDESZ-KDNP³⁴ iktidarı tarafından hazırlanan ve sosyalist MSZP³⁵ ve (yeşil) liberal LMP'nin³⁶ karşı çıktığı bir taslak üzerinden hazırlanmıştır. Bu süreç içinde anayasaya ilişkin en önemli tepki, yapım sürecinin sınırlı bir katılımı gerçekleştirilmiş olmasına ilişkindir. Bu nedenle demokratik ilkelerle bağdaşmayan bir sürecin ürünü olarak değerlendirilmektedir.

Her şeyden önce yeni bir anayasaya ihtiyaç olup olmadığı konusu ciddi bir biçimde toplumda tartışılmamıştır. Bunun dışında anayasanın taslağının hazırlanması da kamuoyunun tartışmasına kapalı bir süreç içinde gerçekleşmiştir. Anayasa'nın meclisteki görüşmelerinde anayasanın meşruiyetine gölge düşürecek bazı uygulamalar ortaya çıkmıştır. Örneğin anayasanın parlamento-daki görüşmeleri 14 Mart 2011 tarihinde başlamış ve 18 Nisan 2011'de ise anayasa kabul edilmiştir. Bu süre bir anayasanın tartışılıp kabul edilebilmesi için oldukça kısadır. Dolayısıyla yalnızca anayasanın hazırlanmasında değil, kabul edilmesi de katılımcı ve müzakereci bir ortamdan uzakta gerçekleşmiştir.³⁷

III. Bulgaristan

Post-komünizm sürecinde demokratik bir rejimi inşa etmek için anayasal sisteminde önemli değişiklikler meydana getiren bir diğer ülke Bulgaristan'dır. Bulgaristan'ın geçiş sürecinde Macaristan ve Polonya'da olduğu gibi YMK, yeni sistemin oluşturulmasında ve toplumsal güçler arasında uzlaşmanın ortaya çıkmasında etkin bir rol oynamıştır. Ancak bu ülkelerden farklı olarak geçiş dönemi ne tam bir "pakt" ne de tam bir "müzakere" niteliği göstermiştir. Geçişin ana dinamiği iktidarın kontrolü altında gerçekleşen bir

1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girecektir.

³⁴ Macar Yurttaş Birliği-Hıristiyan Demokrat Halk Partisi.

³⁵ Macar Sosyalist İşçi Partisi.

³⁶ Başka Siyaset Mümkün Hareketi.

³⁷ Macar Anayasası'nın yapım sürecine ilişkin bazı tartışmalar için bkz. Arato, Andrew, "Constitution Making in Hungary and the 4/5 Rule", 2011, (Bkz. [http://www.comparativeconstitutions.org/...](http://www.comparativeconstitutions.org/) (Erişim Tarihi: 05.06.2011)); "The Third Wave-the New Constitution of Hungary", (Bkz. [http://tasz.hu/...](http://tasz.hu/) (Erişim Tarihi: 05.06.2011)); "Thousands Protest Over Hungary Constitution Change", (Bkz. [http://www.reuters.com/...](http://www.reuters.com/) (Erişim Tarihi: 05.06.2011)); Ratip, Mehmet, "Yeni Macar Anayasası Ne Anlatıyor?", Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, Mayıs 2011 Değerlendirme Notu, (Bkz. [www.tepav.org.tr...](http://www.tepav.org.tr/) (Erişim Tarihi: 01.06.2011)).

reform sürecidir.³⁸

Bulgaristan Cumhuriyeti’ni kuran 1991 Anayasası Bulgaristan’ın dördüncü temel yasasıdır. 1991 Anayasası Sovyetler Birliği’nin yıkılmasının ardından Orta ve Doğu Avrupa’da demokrasiye geçişi başlatan domino etkisinin Bulgaristan’daki somut örneğini oluşturmuştur. Ciddi ekonomik sorunların beslediği bir dönemin sonunda ortaya çıkan bu örnek birçok post-komünist ülkede olduğu gibi demokratik anayasa yapımı konusunda önemli dersler sunmaktadır. Bu niteliğini ortaya çıkaran temel nedenlerin başında ise anayasa yapımının katılımcı niteliğidir.

1991 anayasasına giden süreci iki ana evre içinde değerlendirmek mümkündür. Bunlardan birincisi önceki örneklerde olduğu gibi YMK süreci, ikincisi ise üzerinde uzlaşılan ilkelerin uygulamaya geçirilmesidir.

Bulgaristan’ın anayasal sisteminin demokratik ilkelere bağlanması yönündeki talepler 1989 yılının sonlarına doğru ortaya çıkmıştır. Bu taleplerin muhalif bir karaktere bürünmesinde muhalif güçleri aynı çatı altında toplayan Demokratik Güçler Birliği’nin önemli etkisi olmuştur. Elliye yakın örgütten meydana gelen bu güç birliğinden ondört örgüt daha sonra YMK’na katılmıştır.³⁹ Bunlar, Bulgaristan İşçileri Sosyal Demokratik Partisi, Nikola Petkov Bulgar Çiftçi Birliği, 1945 Sonrası Mağdurları Kulübü, Bağımsız İnsan Hakları Derneği, Ecoglasnost Bağımsız Derneği, Podkrepa Bağımsız İşçi Federasyonu, Glasnost ve Demokrasi Kulübü, Sivil Girişim Hareketi, Dinsel Hakların Korunması Komitesi, Vicdanın ve Ruhsal Değerlerin Özgürlüğü Hareketi, Bağımsız Öğrenci Toplulukları ve Radikal Parti’dir.⁴⁰

Görüldüğü üzere YMK’ya katılan grupların en önemli özelliği toplumun çok farklı kesimlerini temsil ediyor olmasıdır. Böylece YMK’nın çoğulcu bir yapıda ortaya çıkması sağlanmıştır. Bulgaristan Komünist Partisi’nden Aralık 1989 tarihinde yapılan bir açıklama ile Demokratik Güçler Birliği ile YMK’ya başlayabilecekleri açıklanmış ve Sofya’da yer alan ulusal meclis binasında Ocak 1990 tarihinde ilk tur toplantılar gerçekleştirilmiştir.⁴¹ Bu görüşmelerin sonunda YMK’nın statüsünü ve rolünü düzenleyen bir belge ile

³⁸ Gönenç (2002), s. 143.

³⁹ Melone, Albert P., “Bulgaria’s National Roundtable Talks and the Politics of Accommodation”, *International Political Science Review*, Vol. 15, No. 3, 1994, s. 260.

⁴⁰ Melone (1994), s. 260.

⁴¹ Melone (1994), s. 261.

demokratik bir politik sisteme geçiş noktasında bir ulusal uzlaşmanın gerçekleştirildiği duyurulmuştur.⁴² Ardından Mart 1990'da ikinci grup görüşmelere geçilmiş ve Demokratik Güçler Birliği yeni görüşmelerde gündemlerinin yeni anayasa değişikliği, yeni bir seçim kanunu ve genel seçimlerin tarihi olduğunu ilan etmiştir.⁴³ 30 Mart 1990 tarihinde YMK, Bulgaristan Halk Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Temel İlkeler ve Görüşler Yasası'nı kabul etmiş ve ekonomik sistem, temel hak ve özgürlükler, parlamenter demokrasiye geçiş aşamasında devletin erklerinin nasıl yapılandırılacağına, sorumlu bir hükümetin nasıl oluşturulması gerektiği ile seçimlerin yapılması konusunda atılacak adımları tespit etmiştir.⁴⁴ YMK aracılığıyla sağlanan ulusal konsensüsün ardından sıra anayasa yapımının ikinci aşaması olan anayasa taslağının oluşturulmasına gelmiştir. Bu noktada çıkarılan bir seçim yasası ile yeni bir Büyük Millet Meclisi oluşturulmuş, dört yüz parlamenterden oluşan bu meclise anayasa taslağı hazırlama ve kabul etme yetkisi verilmiştir. Bu meclis klasik anlamıyla bir kurucu meclis olmaktan öte, yasama işlevi ile de donatılmıştır.⁴⁵ Daha sonra meclis tarafından hazırlanan taslak, çeşitli gözden geçirmeler ve tartışmaların ardından yürürlüğe girmiştir.

IV. Güney Afrika

Güney Afrika Cumhuriyeti'ni kuran 1996 tarihli Anayasa, anayasa yapımının günümüzde aldığı katılımcı niteliğin önemli aşamalarından biri olarak kabul edilmektedir. Güney Afrika Anayasası'nı meydana getiren tarihsel tecrübe daha sonra benzer tecrübeler yaşayan ülkeler açısından önemli dersler alınmasını sağlamıştır.

Güney Afrika'nın anayasal tarihi üç farklı dönemden oluşmaktadır. Bunlardan ilki 1909-1910 dönemidir. Bu dönemin temel yasası Bağımsız Güney Afrika Birliği'ni kuran 1909 yasasıdır. İkinci dönem 1910 ile 1990 arasındaki zaman dilimini kapsamaktadır. 1961 yılında beyazların oylarıyla 1909 tarihli yasa yürürlükten kaldırılarak Güney Afrika Cumhuriyeti'ni kuran ana-

⁴² Melone (1994), s. 267.

⁴³ Kolarova, Romyana and Dimitr Dimitrov, "The Roundtable Talks in Bulgaria", **The Roundtable Talks and the Breakdown of Communism**, Ed. Jon Elster, The University of Chicago Press, Chicago 1996, s. 191.

⁴⁴ Melone (1994), s. 270.

⁴⁵ Tanchev, Evgeni, Martin Belov, and Cristian Ionescu, **Constitutional Law of 2 EU Member States: Bulgaria and Romania: The 2007 Enlargement**, Kluwer Law International, Denter 2008, s. 35.

yasa kabul edilmiştir. 1983 yılında ise devlet organlarını yeniden düzenleyen yeni bir anayasa yapılmış ve apartheid'i (ırk ayrımcılığı) sona erdiren 1993 (geçici) Anayasası'na kadar yürürlükte kalmıştır.

1993 tarihinde Milliyetçi Parti'nin (MP) uyguladığı ırk ayrımcılığı politikasına karşı giderek artan dış baskılar mevcut anayasanın değiştirilmesi sürecini başlatan ana etkenlerden biridir. Başta Afrika Ulusal Kongresi (AUK) ve yasaklı olan birçok politik organizasyonun faaliyetleri yeniden başlarken, uzun yıllardır hapiste bulunan muhalif lider Nelson Mandela serbest bırakılmıştır. 1993 yılında ise yeni anayasanın yapılmasına dair somut adımlar atılmaya başlanmıştır. Bu adımlardan ilkinin iktidar partisi MP ile AUK ve diğer muhalif politik organizasyonlar arasında başlayan görüşmeler oluşturmuştur. Bu görüşmeler Demokratik Güney Afrika Konvansiyonu (DGAK) çatısı altında gerçekleştirilmiştir.⁴⁶ Konvansiyonun ana gündem maddeleri yeni bir anayasa, geçici hükümetin kurulması, ülkenin geleceği, değişikliklerin uygulanma süreci ve seçim sistemidir.⁴⁷ Ancak DGAK görüşmelerinde ortaya çıkan uzlaşmazlık sonucu Partilerarası Uzlaşma Süreci (PAUS) adı altında görüşmeler devam etmiştir.

Yapılan görüşmeler sonunda geçici bir anayasa yapılması kararı alınmıştır. Yeni bir anayasa yapılana kadar yürürlükte kalması kararlaştırılan geçici anayasa 1993 yılında halkoyuna sunulurken kabul edilmiştir. Geçici anayasa ile bir Milli Birlik Hükümeti oluşturulmuş, Senato ve Millet Meclisi'nden oluşan yeni bir kurucu meclis meydana getirilmesi kararlaştırılmıştır. Bu mecliste yedi siyasi partiden aldıkları oy oranına göre belirlenen 490 temsilci yer almıştır.⁴⁸

Geçici Anayasa herhangi bir tarafın görüşlerinin tamamının anayasaya aktarılmasından ziyade bir orta yol üzerine inşa edilen ilkeler temelinde yükselen bir anayasa olarak doğmuştur.⁴⁹

⁴⁶ Güney Afrika'nın anayasal gelişmeleri için bkz. "Constitutional History of South Africa", (Bkz. <http://www.constitutionnet.org...> (Erişim Tarihi: 09.06.2011)).

⁴⁷ "The CODESA Negotiations", (Bkz. <http://www.sahistory.org.za...> (Erişim tarihi: 09.06.2011)).

⁴⁸ Bu meclisin oluşumu ve çalışma usulüne ilişkin olarak bkz. "Constitutional Assembly Structures and Working Methods", (Bkz. <http://www.c-r.org...> (Erişim Tarihi: 08.06.2011)).

⁴⁹ Ebrahim, Hassen, Constitution-making in South Africa-A Case Study, House of Commons, 1999, (Bkz. www.dastuur.org... (Erişim Tarihi: 08.06.2011)).

Güney Afrika'yı anayasa yapımında önemli bir örnek haline getiren en önemli özelliğinin oldukça başarılı bir katılımcı süreci yönetebilmesi olduğu söylenebilir. Süreç içinde yalnızca katılım gerçekleşmemiştir. Katılan bireylerin ya da kurumların görüşlerinin de anayasanın içeriğine etki etmesine imkân tanıyacak araçlar kullanılmıştır. Açıklık, şeffaflık, erişilebilirlik ve hesap verebilirlik bu sürecin önemli özelliklerindedir. Bunun sağlanabilmesi için de özellikle toplum ve medya ile ilişkilere önem verilmiştir. Bu amaçla Anayasa Meclisi içinde bir medya servisi kurulmuş, yazılı ve görsel basında çeşitli reklam kampanyaları yürütülmüştür. Böylece kamuoyu anayasa hakkında bilgilendirilmiştir. Bilgilendirme sürecine halk doğrudan erişim imkânına da kavuşturulmuştur. Ücretsiz telefon hatları ve farklı kamusal imkânlar oluşturularak kamuoyunun sürekli bir biçimde sürece katılması sağlanmıştır. Bununla beraber sürecin her aşamasının kamuoyunun gözü önünde gerçekleşmesinin sağlanması için çeşitli mekanizmalar kurulmuştur. Örneğin süreçte atılan her adımdan süreçle ilgili olan herkes haberdar edilmiştir. Yine sürecin sürekli olarak kendini tekrar gözden geçirebilmesi ve yenilemesi sağlanmış, zaman zaman halkın sürece olan ilgisini ölçmeye dönük çeşitli anketler kullanılarak, sürecin başarısı ölçülmeye çalışılmıştır.⁵⁰

Sürecin iki önemli aktörünü sivil toplum kuruluşları ve siyasi partiler meydana getirmiştir. Özellikle (Anayasal) Kamuoyu Toplantıları aracılığıyla siyasi partiler süreçte aktif bir biçimde yer alma şansı yakalamıştır. Bu şekilde Anayasa Meclisi süreç içindeki işlevlerini sürece katılımı (kırsalda yaşayan halk gibi) dezavantajlı olan toplum kesimlerine anlatabilmişlerdir. Ve bunun sonunda bir (anayasal) eğitim programı geliştirilmiştir. Şubat-Ağustos 1995 tarihleri arasında 26 toplantı gerçekleştirilmiş, bu toplantılara 20.549 kişi ve 717 organizasyon katılmıştır.⁵¹

Sürecin bir diğer önemli aktörü sivil toplum kuruluşlarıdır. Kamu yönetimi, güvenlik hizmetleri, hak ve özgürlükler vb. konularda danışmanlık yapabilecek her türlü sivil toplum kuruluşundan bilgi alınması hedeflenmiş ve bu yönde bir ulusal program meydana getirilerek çeşitli toplantılar ve seminerler gerçekleştirilmiştir. Mayıs- Haziran 1995 tarihleri arasında gerçekleştirilen bu toplantılarda 596 sivil toplum örgütünün ve uluslararası uzmanın görüşlerine başvurulmuştur.⁵²

⁵⁰ Ebrahim (1999), s. 12-13.

⁵¹ Ebrahim (1999), s. 14.

⁵² Bkz. Ebrahim (1999), s. 16.

Süreç içinde medya organları da anayasal konuların tartışıldığı önemli bir forum özelliği göstermiştir. Gazeteler, televizyon ve radyo programları, internet sitelerinde “Anayasal Tartışmalar” başlığında forumlar düzenlenmiştir. Tartışmalara, Anayasa Meclisi’nden, siyasi partilerden, sivil toplum örgütlerinden ve halktan temsilciler katılmıştır. Benzer biçimde Anayasa Meclisi de resmi bir gazete çıkararak gelişmelerden halkı haberdar etmiştir.⁵³ Böylesi katılımcı bir stratejinin izlenmesi sonucu anayasaya dair halktan yaklaşık 1.7 milyon dilekçe alınmıştır. Daha sonra taslak bir anayasada kaynaklık edecek bir “Çalışma Taslağı” hazırlanarak yaklaşık beş milyon kopya ülke çapında dağıtılmıştır. Kasım 1995 tarihinde dağıtımına başlanan bu taslağa ilişkin kamuoyu tartışmaları Şubat 1996 tarihine kadar sürmüş ve taslağa ilişkin görüşler toplanmıştır. Bu şekilde anayasayı üretecek sürecin ikinci aşamasına geçilmiş ve artık anayasada yer alacak spesifik konulara ilişkin konular tartışılmıştır. Ardından Anayasa Meclisi (final) taslağa son şeklini vererek on bir dilde yedi milyon kopya dağıtılmıştır.⁵⁴ Mayıs 1996 tarihinde anayasaya son şekli verilmiş daha sonra metin Anayasa Mahkemesi tarafından görüşülerek onaylanmış ve Aralık 1996 tarihinde Devlet başkanı Nelson Mandela tarafından yürürlüğe konmuştur.

V. Uganda

Sömürge ve tiranlık sonrası demokrasiye geçiş çabası içinde olan ülkelerden Uganda bağımsızlığını kazandığı tarih olan 1962 yılından bugüne sırasıyla 1962, 1967 ve 1995 yıllarında üç farklı anayasa yapmıştır. Bunlar arasında 1995 Anayasası’nın hazırlanma süreci katılımcılığıyla ön plana çıkmaktadır.

1995 Anayasası’na giden süreci başlatan temel nedenlerin başında ülkenin yaşadığı ekonomik ve politik istikrarsızlıklar gelmektedir. Ülkede yaşanan iç karışıklıklar, insan hakları ihlalleri, isyan hareketleri bu istikrarsızlığın başat göstergeleri olarak kabul edilebilir. 1986 yılında iktidarı ele geçiren başkanlığını Museveni’nin yaptığı Ulusal Direniş Hareketi⁵⁵ (UDH), ülkenin yaşadığı istikrarsızlıkların çözümünün ancak anayasal düzenin yeniden inşa edilmesiyle gerçekleşebileceğine inanmaktaydı.⁵⁶ UDH’nin yaptığı ilk işler-

⁵³ Bkz. Ebrahim (1999), s. 19-20.

⁵⁴ Bkz. Ebrahim (1999), s. 22-25.

⁵⁵ National Resistance Movement (NRM).

⁵⁶ Furley, Oliver and James Katalikawe, “Constitutional Reform in Uganda: The New Approach”, *African Affairs*, 96, 1997, s. 244.

den biri Anayasa ile İlişkiler Bakanlığı kurmak olmuştur. Bu bakanlığın temel görevi yeni bir anayasa için gerekli düzenlemeleri yaparak anayasa yapım sürecinin işleyişini sağlamaktır. Bu çerçevede UDH'nin gündemine aldığı süreç şu şekilde işlemiştir:⁵⁷

1. (Yargıç Ben Odaki'nin başkanlığında) bir Anayasa Komisyonu oluşturulması ve faaliyete geçirilmesi
2. Bir kurucu meclis için seçim hazırlıklarının yapılması
3. Anayasayı yürürlüğe sokmak üzere Kurucu Meclis'in uygulamaya geçmesi

Anayasa yapım sürecinin aşamaları bu şekilde belirlendikten sonra 1988 yılında çıkarılan 5 no' lu bir yasa ile Uganda Anayasa Komisyonu (UAK) kurulmuştur. Komisyonun yirmi bir üyeden oluşması ve bu üyelerin anayasal işler bakanlığına danışılarak, devlet başkanı tarafından atanması öngörülmüştür. Komisyonun başkanı aynı zamanda bir yüksek mahkeme yargıçyken, başkan yardımcısı siyaset bilimi profesörleri, sekreteri ise tarih profesörleri içinden atanmıştır.⁵⁸

UAK'nun yaptığı ilk iş bir kurucu meclis oluşturabilmek için gerekli altyapıyı hazırlamak olmuştur. Bunun için Şubat 1989-Aralık 1992 tarihleri arasında tüm ülkeyi kapsayan bir çalışma başlatmıştır. Bu kapsamda 86 seminer, 870 eğitici forum gerçekleştirmiş, gözlemlerini raporlaştırarak, 25,547 raporu analiz etmiş, öğrenciler arasında bir makale yarışması düzenlemiş, medya organlarında tartışma programları organize etmiş ve sonunda taslak bir anayasa metni ile bir tavsiye raporu oluşturularak devlet başkanına sunulmuştur. Böylece anayasa yapım sürecinin de ilk safhasını tamamlamıştır.⁵⁹ Hazırlanan raporda mümkün olduğunca ülkedeki herkesi temsil eden doğrudan seçilmiş temsilcilerle sivil toplum temsilcilerinden oluşan bir kurucu meclis oluşturulması tavsiye edilmiştir. Hükümete sunulan bu rapor kabul edilmiş ve 214 seçim bölgesini temsil eden 284 delegeden oluşan bir kurucu meclis kurulması kararlaştırılmıştır. Bu mecliste ayrıca, UDH, Ulusal Sendika Organi-

⁵⁷ Wapakhabulo, Hon J. F., "Uganda's Experience in Constitution Making", (Bkz. www.commonlii.org... (Erişim Tarihi: 06.06.2011)).

⁵⁸ Odaki, Benjamin J., "The Challenges of Constitution-making and Implementation in Uganda", **Constitutionalism in Africa: Creating Opportunities, Facing Challenges**, Joseph Oloka-Onyango, Fountain Publishers, 2001, s. 268-269.

⁵⁹ Moehler, (2006), s. 281.

zasyonu, 1980 yılında yapılan seçimlere katılmış siyasi partiler, Ulusal Gençlik Konseyi, Ulusal Özürlüler Birliği temsilcileri de yer almıştır.⁶⁰ Meclis, Mayıs 1994 tarihinde yemin ederek göreve başlamıştır. Kendi içinde de çalışma komitelerine ayrılan meclis, kararlarını olabildiğince konsensüse dayalı olarak almıştır. Taslak anayasa üzerinde çalışmalarını sona erdiren meclis 22 Eylül 1995 tarihinde anayasaya son şeklini vererek kabul etmiş ve anayasa 8 Ekim 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Taslak anayasanın yaklaşık %80'lik kısmı nihai anayasa metnine yansımıştır.⁶¹

VI. Nepal

Bugün Nepal 2007 yılında yürürlüğe giren geçici bir anayasa ile yönetilmekte ve yeni bir anayasa yapım süreci devam etmektedir. Nepal'in yeni bir anayasaya ihtiyaç duymasını sağlayan temel nedenin çatışma sonrası bir toplumda ortaya çıkan siyasal, sosyal ve ekonomik sorunları çözme çabası olduğu söylenebilir. Nepal'deki sürecin öne çıkan karakteristiklerinin başında öngördüğü kapsayıcılık gelmektedir.

Nepal'de yeni bir anayasa ihtiyacını doğuran koşullar esas itibariyle 1990 Anayasası'nın getirmiş olduğu anayasal sistemle yakından ilgidir. Her ne kadar anayasa çok partili bir parlamenter demokrasi öngörmüş ise de bunun uygulanması noktasında ciddi sıkıntıları söz konusu olmuştur. Özellikle sisteme katılım noktasında baş gösteren bu sorunların kaynağının çeşitli toplum kesimlerinin siyasal sistemden dışlanmaları yer almaktadır. Özellikle bu ayrımda etkili olan neden devletin resmi din olarak ilan ettiği Hinduizm ve beraberinde getirdiği kast sistemidir. Nepal gibi çok dilli ve çeşitli etnik grupların meydana getirdiği bir ülkede böylesi bir yapı ciddi sorunların kaynağı haline gelme potansiyelini taşımaktadır.⁶² Nitekim toplumun önemli bir kısmını siyasal, sosyal ve ekonomik hayata katılım noktasında ayrımcılığa tabi kılan bu sistem aynı zamanda 1990 anayasasının da en önemli sorunlarından biri olarak gösterilmektedir.⁶³ Bununla birlikte 1990'lı yılların ortalarında Maositlerin başlatmış olduğu başkaldırı ve 2002-2005 yılları arasında Kral

⁶⁰ Wapakhabulo, Hon J. F., "Uganda's Experience in Constitution Making", 2001, (Bkz. www.commonlii.org... (Erişim Tarihi: 06.06.2011))

⁶¹ Odaki, (2001), s. 282.

⁶² Ghai Yash, "Ethnicity, Identity, Participation and Social justice: A Constitution for New Nepal?", (Bkz. <http://jenni.uchicago.edu...> (Erişim Tarihi: 11.06.2011)).

⁶³ "Creating the New Constitution: A Guide for Nepali Citizens, Ed. Yash Ghai and Jill Cottrell, **International Institute for Democracy and Electoral Assistance**, 2008, s. 43.

Gyanendra'nın otoriter yönetimi ülke içindeki kaotik ve çatışmacı ortamı beslerken, anayasanın politik sistemi yönetmedeki yetersizliklerinin ortaya çıkarılmıştır. Bu sayılan sorunların çözmek noktasında siyasi partilerin de herhangi bir varlık gösterememesi, toplum nezdinde meşruiyetlerini yitirmelerine neden olmuştur.⁶⁴

Ülkenin içinde bulunduğu bu tablo Nepal'in anayasa yapım sürecinin de karakterini belirlemiştir. Yedi siyasi parti ve Maoistler bir araya gelerek, mevcut durum için bir çözüm önerisi oluşturmuştur. Yeni bir sosyal, siyasi ve ekonomik düzen kurabilmek için yeni bir anayasanın gerekli olduğu noktasında uzlaşan bu güçler 2005 yılında bir YMK düzenleyerek, yeni anayasaya giden sürecin karakteri üzerinde uzlaşmıştır.⁶⁵ Yapılan bu görüşmelerde⁶⁶ “on iki ilke” adıyla bir uzlaşma metni ortaya çıkmıştır. Bu metinde halk egemenliğine yapılan vurgu dikkat çekici gözükmektedir. Dolayısıyla ortaya çıkacak bir anayasanın tüm halkı kapsayan bir anayasa olması gerektiği üzerinde bir uzlaşma sağlanmıştır.⁶⁷ Böylece 1990 Anayasası döneminde marjinalize edilmiş ve dışlanmış toplum kesimlerinin de anayasa sürecine katılmalarının amaçlandığı söylenebilir.⁶⁸ Bunlar dışında monarşi ile mücadele edilmesi gerekliliği ve halkın demokrasinin inşasında alması gereken aktif rol ve bir kurucu meclis tarafından yeni bir anayasanın yapılması zorunluluğu da yine bu uzlaşmada ifade bulmuştur.

Nepal'in anayasa yapım süreci önceki örneklere benzer özellikler göstermektedir. Bu sürecin ilk aşamasını mevcut anayasanın sorunlu yönlerinin değiştirilmesi ya da tamamen ortadan kaldırılması için geçici bir anayasa ile geçici bir hükümet kurulması oluşturmuştur. Geçici anayasa aynı zamanda anayasayı yapacak olan kurucu meclisin de hukuki çerçevesini belirlemiştir. Buna göre kurucu meclis bağımsız adaylar içinden çoğunluk esasına göre seçilenler, parti listelerinden seçilenler ve bakanlar kurulu tarafından belirlenen adaylar olmak üzere üç farklı kaynaktan beslenmiştir. Ancak daha sonra mec-

⁶⁴ Creating the New Constitution: A Guide for Nepali Citizens..., s. 44.

⁶⁵ Creating the New Constitution: A Guide for Nepali Citizens..., s. 44.

⁶⁶ Seven Party Alliance.

⁶⁷ “Constitution Making in Nepal: Report of a Conference Organized by the Constitution Advisory Support Unit”, UNDP, 2007, s. 36.

⁶⁸ Nepal sürecini önemli bir özelliğini tüm toplumu kapsama iddiası olduğu söylenebilir. Bu süreci kapsayıcı demokrasi kavramı içinde ele alan bir çalışma için bkz. Dahal, Samanta, “Post Conflict Constitution Making in Nepal: Towards Inclusiveness in Democracy, Federalism Working Paper Series, 2008, (Bkz. <http://ssrn.com...> (Erişim Tarihi: 11.06.2011)).

liste oluşan bu kompozisyonun kapsayıcılığına ilişkin ortaya çıkan protestolar sonucunda üye sayısı 601'e çıkarılmıştır.⁶⁹

2008 yılında oluşturulan Nepal kurucu meclisi ikili bir işlev yerine getirmektedir Bir tarafta anayasayı hazırlarken, diğer taraftan da olağan yasama meclisi göreviyle donatılmıştır. Ayrıca meclis üyeleri önemli ayrıcalıklarla donatılmıştır. Örneğin ifade özgürlüğü ciddi bir koruma altına alınmıştır. Ancak geçici anayasanın başlangıç kısmında; "Nepal halkın bu anayasanın çerçevesini çizme hakkına sahip olduğu" ifade edilse de kurucu meclis halkın sürece katılımı konusunda beklenen performansı sağlayamamış gözükmektedir. Bunun temel sebeplerinin başında sürecin siyasi partiler tarafından domine ediliyor olması gelmektedir.⁷⁰

Bu makalenin yazıldığı tarih itibariyle Nepal henüz anayasasına yürürlüğe sokamamış, halen 2007 tarihli geçici anayasa ile yönetilmektedir. Geçici Anayasaya göre kurucu meclis toplandıktan iki yıl sonra anayasayı tamamlamak zorundadır. 28 Mayıs 2010 tarihinde tamamlanması öngörülen anayasanın tamamlanması bir yıl ertelenmiştir. Mayıs 2011 tarihi itibariyle de anayasanın tamamlanmasının bir yıl daha ertelenmesi gündemdedir. Bu da Nepal hakkında ciddi bir rahatsızlığın baş göstermesine neden olmuştur.⁷¹

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yukarıdaki örneklerden hareket edildiğinde anayasa yapımında gelen paradigmatik değişimin iki temel boyutu göze çarpmaktadır. Bunlardan birincisi anayasa yapım tekniğinin kullandığı araçlar ikincisi ise bu araçları ortaya çıkaran değerlerdir. Teknik açıdan bakıldığında öncelikle demokratik seçimlerle belirlenmiş ve anayasayı onaylayacak bir meclis oluşturulmaktadır. Bu meclisin görev alanı yapılan geçici bir anayasa ile çizilmekte ve yapısal olarak hem Avrupa (Fransız) tipi kurucu meclisten hem de Amerikan tipi (1787-88) kurucu meclisten farklıdır. Bu nedenle bu meclise "kurucu meclis" değil "anayasa meclisi" adını verilmektedir. Bu açıdan bakıldığında yeni paradigmanın teknik açıdan karakteristikleri şunlardır:⁷²

⁶⁹ Creating the New Constitution: A Guide for Nepali Citizens..., s. 50-53.

⁷⁰ Creating the New Constitution: A Guide for Nepali Citizens..., s. 61.

⁷¹ "Nepal'de Anayasa İçin Genel Grev", **CNNTÜRK**, 13 Mayıs 2011.

⁷² Arato, Andrew, "Post Sovereign Constitution-making in Hungary: After Success, Partial Failure, and Now What?, Part one", (Bkz. <http://lapa.princeton.edu...>(E.T. 20.05.2011)).

1. Anayasa yapımı iki aşamadan oluşmaktadır. Birinci aşama aynı zamanda ikinci aşamayı belirlemektedir.
2. Birinci aşamada yuvarlak masa konuşmalarının bir ürünü olarak meydana gelmektedir. Yuvarlak masa konuşmaları meşruiyetlerini seçimle işbaşına geliyor olmaktan değil, sivil toplumu temsil ediyor olmalarından başka bir ifadeyle çoğulcu karakterinden almaktadır.
3. Hukuk sistemi anayasa yapım sürecinde herhangi kesintiye uğramamaktadır. Bu devamlılığın temelinde mevcut parlamento yer alır. Geçici anayasada dahil yeni oluşturulan tüm hukuki belgeleri bu (eski) parlamento onaylamaktadır.
4. Geçici anayasa ile önemli yetkilerle donatılmış bir anayasa mahkemesi⁷³ oluşturulmaktadır.

Yeni paradigmanın ikinci boyutunu ise benimsediği değerler oluşturmaktadır. Anayasaların meşruiyetini belirleyen temel faktörlerin başında nasıl yapıldıkları gelmektedir. Anayasanın yapım yöntemi aynı zamanda anayasaya aktarılan değerlerin de belirleyicisidir. Kullanılan yöntemin otokratik ya da demokratik karakteri, anayasanın birey-otorite ilişkisinde kullandığı dengeyi de etkilemektedir. Dolayısıyla yapım süreci demokratikleştiği oranda bu dengenin bireyin lehine olması kaçınılmazdır. Bu açıdan bakıldığında yukarıdaki incelemenin ortaya çıkardığı en önemli sonuç, egemen paradigmanın geldiği nokta daha kapsayıcı, daha katılımcı ve uzlaşmacı bir anayasa yapım sürecini ortaya çıkardığıdır. Ancak ülkeler arasında bu üç unsura verilen ağırlık konusunda çeşitli farklılıklar söz konusudur.

Polonya, Macaristan ve Bulgaristan Sovyetler Birliği'nin yıkılmasının ardından bağımsızlıklarını kazanmış ülkelerdir. Her üçünde de uzun yıllar komünist yönetimle idare edilmiş ve anayasal sistemleri bu ideolojinin üzerine inşa edilmiştir. Bağımsızlığın kazanılmasının ardından her üç ülkede de artan muhalif unsurlar, sistemi demokrasi yönünde değişmeye zorlamış ve bu du-

⁷³ Yeni paradigmayı klasik modelden ayıran bir diğer önemli özelliği halk tarafından hazırlanan anayasa taslağının şekillenmesinde ve kabul edilerek yürürlüğe girişinde son sözü söyleme yetkisinin büyük oranda anayasa mahkemelerine bırakılmış olmasıdır. Mahkemenin bir hakem olarak sürecin kontrolünü elinde bulundurması ve ortaya çıkacak yeni anayasanın karakteri üzerinde etkili olması kaçınılmazdır. Kuşkusuz böyle bir mekanizmanın varlığı sürecin demokratikliği noktasında soru işaretleri doğurmaktadır. Atanmış yargıçların halkın iradesi üzerine ipotek koymasını gündeme getiren bu sorunun aşılmasında (Güney Afrika, Polonya ve Macaristan örneklerinden yola çıkıldığında) yargıçların demokratik ilkelere ne ölçüde bağlı kaldıkları belirleyici olmaktadır.

rumun beraberinde getirdiği bir sonuç ya mevcut anayasaların değiştirilmesi ya da yeni bir anayasanın yapılması olmuştur. Anayasalar yapılırken de mevcut yönetim ile muhalefet arasında müzakere- pazarlık süreci gerçekleşmiş ve yeni anayasanın temel ilkeleri bu süreç içinde ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla değişim talebinde bulunan unsurların istekleri bu süreç içinde şekillendirilmiş, ardından demokratik seçimler gerçekleştirilerek, yeni anayasayı yapan meclisler ortaya çıkmıştır. Ancak burada Macaristan'ın 2011 yılında yaptığı yeni anayasaya dikkat çekmek gerekmektedir. Önceki tecrübesinin aksine, özellikle halk katılımı noktasında ciddi meşruiyet problemleri yaşayarak yeni bir anayasa yapım süreci geçirmiştir. Bu da yeni paradigmadan bir sapmayı göstermektedir.

Güney Afrika tecrübesi, demokratik anlamda anayasa yapım tecrübeleri içinde oldukça önemli bir örnektir. Güney Afrika'da anayasa yapımını ortaya çıkaran temel saik, diğer örneklerde olduğu gibi otoriter bir yönetimden demokratik bir yönetime geçiş talebidir ve yine ciddi bir müzakere ve pazarlık sürecinin ürünü olan ilkeler üzerine inşa edilmiş bir anayasa söz konusudur. Ancak diğer örneklerden farklı biçimde oldukça kuvvetli bir sivil toplum katılımının gerçekleştiği görülmektedir.

Uganda ve Nepal'de anayasayı ortaya çıkaran sürece dikkat edildiğinde sürecin oldukça çatışmacı bir nitelik gösterdiği söylenebilir. Her iki ülkede de ciddi anlamda bölünmüş bir toplumsal yapının varlığı bu çatışmacılığı körüklemiştir. Dolayısıyla anayasa yapımı çatışma sonrası bir süreçte gerçekleşmiştir. Bunun önemli bir sonucu, özellikle Nepal'de, sürecin kapsayıcı bir biçimde şekillendirilmesidir. Ancak bu iki örnekten çıkarılması gereken başka bir ders, süreçlerin işleyişinde meydana gelen sorunlardır. Gerek Uganda'da gerekse Nepal'de kapsayıcı, katılımcı bir anayasa yapımı süreci tasarlanmış olmasına rağmen, pratikte bunun hayata geçirilmesinde ve buna bağlı olarak anayasaların nihai metinlerinde bir uzlaşma sağlanmasında ciddi sıkıntılar baş göstermiştir. Örneğin her ne kadar sivil toplumun katılımı esas alınmış olsa da katılım mekanizmalarında ortaya çıkan manipülasyonlar ya da siyasi partilerin süreç içindeki etkinlikleri sürecin etkin bir biçimde işleminin önündeki önemli engellerdir.

Türkiye'nin son dönemde yaşadığı yeni anayasa tartışmaları dikkate alındığında, otoriter karakterli bir anayasal sistemden daha demokratik bir sisteme geçişin bu tartışmaları doğuran ana neden olduğu kabul edilmelidir.

Dolayısıyla buna benzer hatta daha zorlu dönemler yaşayan bir çok ülke geçiş süreci konusunda ciddi tecrübeler sunmaktadır. Kapsayıcılık, katılımcılık ve uzlaşmanın eşlik ettiği bu geçiş süreçleri eksen alındığında, Türkiye’de yapılması muhtemel bir anayasanın da bu temeller üzerinde oluşturulması otorite karşısında bireyi koruyan bir anayasal düzenin ilk şartı olarak görülmelidir.

KAYNAKÇA

ARATO, Andrew, Post Sovereign Constitution-making in Hungary: After Succes, Partial Failure, and Now What?, Part one, http://lapa.princeton.edu/conferences/hungary11/post_sovereign_constitution-making_in_hungary.pdf (Erişim Tarihi: 29.05.2011).

ARATO, Andrew, “Constitution Making in Hungary and the 4/5 Rule”, <http://www.comparativeconstitutions.org/2011/04/arato-on-constitution-making-in-hungary.html> (Erişim Tarihi: 05.06.2011).

ATAR, Yavuz, **Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı**, Mimoza Basım Yayım Dağıtım, Konya 2000.

BİLGİN, Ayşe Candaş, “Anayasanın Nasıl Yapıldığı İçeriğini Etkiler mi? Anayasa Yazma Süreçlerinin Dünyadaki Örnekleriyle Son 25 Yılda Edindirdiği Bulgular”, http://www.anayasa.org/index.php?option=com_content&view=article&id=51%3Aduenyada-anayasa-yazimi&catid=39%3Aamakaleler&Itemid=54&lang=tr

BOZOKI, Andras, “Introduction: The Significance of the Roundtable Talks”, **The Roundtable Talks of 1989 The Genesis of Hungarian Democracy Analysis and Documents**, Ed. Andras Bozoki, Central European University Press, Budapest 2002.

“Constitutional History of South Africa”, <http://www.constitutionnet.org/country/constitutional-history-south-africa> Ebrahim, Hassen (1999), Constitution-making in South Africa-A Case Study, House of Commons,

www.dastuur.org/index.php?option=com_docman&task=doc... (Erişim Tarihi: 09.06.2011).

“Creating the New Constitution: A Guide for Nepali Citizens, Ed. Yash Ghai and Jill Cottrell, **International Institute for Democracy and Electoral Assistance**”, Katmandu 2008.

DAHAL, Samanta (2008) “Post Conflict Constitution Making in Nepal: Towards Inclusion in Democracy, federalism Working Paper Series, <http://ssrn.com/abstract=1300132> (Erişim Tarihi: 11.06.2011).

DEZSO, Marta Deszo, Bernadette Somody, Attila Vincze, Eszter Bodnar, Nora Novoszadek, Beatrix Vissy, **Constitutional Law in Hungary**, Kluwer Law International, 2010.

ELSTER, Jon, “Constitution Making in Eastern Europe: Rebuilding the Boat in Open Sea”, **Public Administration**, Vol. 71, Spring-Summer, 1993, s. 169-217.

ELSTER, Jon, “Constitutionalism in Eastern Europe: An Introduction”, **The University of Chicago Law Review**, Vol. 58, No. 2, Approaching New Legal Order for Eastern Europe, 1991, s. 447-482.

FOTOPOULOS, Takis, **Towards An Inclusive Democracy: The Crisis of the Growth Economy and the Need for A New Liberatory Project**, Cassell, London 1997.

FURLEY, Oliver and James Katalikawe, “Constitutional Reform in Uganda: The New Approach”, *African Affairs*, 96, 1997.

HALMAI, Gabor, “The Reform of Constitutional Law in Hungary After Transition”, *Legal Studies*, Vol. 18, No. 2, 1998, s. 189-196.

GHAI, Yash, “Ethnicity, Identity, Participation and Social justice: A Constitution for New Nepal?”, http://jenni.uchicago.edu/WJP/papers/Ghai_EthnicityIdentityFederalismNewNepal.pdf, (Erişim Tarihi: 11.06.2011).

“Constitution Making in Nepal: Report of a Conference Organized by the Constitution Advisory Support Unit”, **UNDP**.

GARLICKI, Lech, “Constitution Making, Peace Building, and National Reconciliation: The Experience of Poland”, www.constitutionnet.org/

files/Poland%20USIP.doc (Erişim Tarihi: 06.06.2011).

GARLICKI, Lech, “Constitutional Law”, *Introduction to Polish Law*, Ed. Stanislaw J. Frankowski, Kluwer Law International, Hague 2005, s. 1-36.

GÖNENÇ, Levent, **Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/New York 2002.

HART, Vivien “Democratic Constitution Making”, **United States Institute of Peace (USIP) Special Report**, 2003.

KOLAROVA, Rumyana and Dimitr Dimitrov, “The Roundtable Talks in Bulgaria”, **The Roundtable Talks and the Breakdown of Communism**, Ed. Jon Elster, The University of Chicago Press, Chicago 1996, s. 178-212.

MAPHAI, Vincent, “Prospects for a Democratic South Africa”, **International Affairs**, 69/2, 1993, s. 223-237.

MELONE, Albert P., “Bulgaria’s National Roundtable Talks and the Politics of Accommodation”, **International Political Science Review**, Vol. 15, No. 3, 1994, s.

MOEHLER, Devra C., “Participation and Support for the Constitution in Uganda”, **Journal of Modern African Studies**, 44/2, 2006, s. 275-308.

“Nepal’de Anayasa İçin Genel Grev”, **CNNTÜRK**, 13 Mayıs 2011.

ODAKI, Benjamin J., “The Challenges of Constitution-making and Implementation in Uganda”, **Constitutionalism in Africa: Creating Opportunities, Facing Challenges** Ed. Joseph Oloka-Onyango, Fountain Publishers, 2001, s. 263-286.

ÖZBUDUN, Ergun, **Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı**, Bilgi Yayınevi, Ankara 1993.

PRIBAN, Jiri, “Reconstituting Paradise Lost: The Temporal Dimension Of Postcommunist Constitution-Making”, **Papers Presented in the Center for the Study of Law and Society Bag Lunch Speaker Series**, 2003, s. 1-24 (Bkz. www.law.berkeley.edu/institutes/cslls/Priban%20paper.doc (Erişim Tarihi: 03.06.2011)).

- RAPACZYNSKI, Andrzej, “Constitutional Politics in Poland: A Report on the Constitutional Committee of Polish Parliament”, **The University of Chicago Law Review**, Vol. 58, No. 2, Approaching Democracy: A new Legal Order for Eastern Europe (Spring), 1991, s. 595-631.
- RATİP, Mehmet, “Yeni Macar Anayasası Ne Anlatıyor?”, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, Mayıs 2011 Değerlendirme Notu, http://www.tepav.org.tr/upload/files/1305274159-2.Yeni_Macar_Anayasasi_Ne_Anlatiyor_Turkiye_nin_Katilimsiz_Bir_Anayasa_Yapim_Surecinden_Cikarabilecegi_Dersler.pdf (Erişim Tarihi: 01.06.2011).
- SAJO, Andras (1996), “The Roundtable Talks in Hungary”, Ed. Jon Elster, **The Roundtable Talks**, The University of Chicago Press, Chicago 1996, s. 69-98.
- SANFORD, George, **Democratic Government in Poland**, Palgrave Macmillan, New York 2002.
- TANCHEV, Evgeni, Martin Belov, and Cristian Ionescu, **Constitutional Law of 2 EU Member States: Bulgaria and Romania: The 2007 Enlargement**, Kluwer Law International, Deventer 2008.
- TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 4. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1997.
- “The CODESANE negotiations”, <http://www.sahistory.org.za/article/celebrating-freedom-and-democracy-3> (Erişim tarihi: 09.06.2011).
- “The Third Wave-the New Constitution of Hungary”, <http://tasz.hu/en/freedom-of-speech/third-wave-new-constitution-hungary> (Erişim Tarihi: 05.06.2011).
- “Thousands Protest Over Hungary Constitution Change”, <http://www.reuters.com/article/2011/04/15/hungary-constitution-idUSLDE73E1WW20110415> (Erişim Tarihi: 05.06.2011).
- WAPAKHABULO, Hon J. F. (2001), “Uganda’s Experience in Constitution Making”, www.commonlii.org/ke/other/KECKRC/2001/33.html (Erişim Tarihi: 06.06.2011).

İDARE HUKUKUNDA DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI

Fatma Ebru GÜNDÜZ*

Hakan GÜNDÜZ**

ÖZET

Destek, başkasının geçimini kısmen veya tamamen, sürekli ve düzenli olarak sağlayan veya ona ileride bakması kuvvetle muhtemel olan kişidir. İdarenin destekten yoksun kalma tazminatından sorumlu olabilmesi için öncelikle destek olan kişinin ölmesi gerekmektedir. Yine idarenin destek olan kişinin ölümünden dolayı kusurlu veya kusursuz sorumluluk hallerinden birinin bulunması gerekmektedir. Aynı zamanda da desteğin bakım gücünün ve tazminat talep edenin bakım ihtiyacının bulunması gerekir. Son olarak da tüm tazminat talepleri için varlığı gerekli bir şart olan zarar bulunmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Destek, Tazminat, İdare, Sorumluluk, Ölüm.

COMPENSATION FOR LACK OF SUPPORT IN THE ADMINISTRATIVE LAW

ABSTRACT

Support is providing partly or completely someone else's livelihood regularly or continuously. In other words, it is a person likely to look after the person. If supporter is dead, the administration is responsible for compensation for lack of support. Moreover, it is need to be one of the conditions of responsibility about death of the supporter. Furthermore, it is necessary to have a supporter who is enough rich to take care of the person and the person who demands compensation need money to live properly in order to take the compensation. Finally loss is need to take the compensation.

Key Words: Support, compensation, administration, responsibility, death.

* Yrd. Doç. Dr., Dicle Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Öğretim Üyesi.

**Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

GİRİŞ

Öğreti ve uygulamadaki yerleşmiş adıyla destekten yoksun kalma tazminatı, bir şahıs öldüğünde, ölenin sağlığında destek olduğu veya ileride destek olacağı kimseleri korumayı, desteklerinin ölümünden önceki sosyal ve ekonomik durumlarına uygun hayat sürdürebilmeleri için, ölüm sebebiyle mahrum kaldıkları yardımı, ölüme sebebiyet verenden tazmin edebilmelerini sağlamayı amaçlamaktadır.

İdare, kusurlu veya kusursuz sorumluluk sebeplerinden bir tanesi ile bir şahsın ölümünden sorumlu tutulabiliyor ve ölen kişi, sağlığında başkalarına destekte bulunuyor veya ileride destek olacağı kuvvetle muhtemel ise idare, destek olunan veya ileride destek olunacakların uğramış olduğu zararlardan “destekten yoksun kalma tazminatı” adı altında sorumlu olacaktır.

I. İDARENİN SORUMLULUĞU VE TAZMİNAT TÜRLERİ

İdarenin faaliyetleri sebebiyle kişilerin uğramış oldukları zararların idarece tazmin edilmesi, idarenin sorumluluğunu ifade eder. Diğer bir ifade ile idarenin sorumluluğu, idari etkinlikler sonucunda yönetilenlerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmenin veya çoğalma imkânının kısıtlanmasının giderilmesi için aranılan koşulları ve uygulanması gereken kuralları içinde barındıran bir kavramdır¹. Anayasa'nın 125'inci maddesinin son fıkrasında, “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*” ifadesiyle, Anayasal bir hüküm haline gelen ‘idarenin mali sorumluluğu’ hukuk devletinin gereklerinden de bir tanesidir². “*Kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında bireylerin uğradığı özel ve olağandışı zararların idarece tazmini gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. İdarenin belirtilen hukuki sorumluluğu, Türkiye Cumhuriyeti'nin Hukuk Devleti olma niteliğinin doğal sonucudur*”³.

İdarenin sorumluluğunun kabul edilebilmesi için, idarenin bir davranışı olmalı, kişinin maddi veya manevi varlığında bir zarar olmalı ve ayrıca, zarar ile idarenin davranışı arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır⁴.

¹ Yüksel ESİN, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları*, Ankara, 1976, s.14.

² Ender Ethem ATAY, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s.138-678.

³ D.10.D., 09.10.1995, E.1994/1682, K.1995/4256, DD., S.91, s.1137.

⁴ Sıddık Sami ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III.Cilt, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s.1714-1719; ATAY, s.684-685.

Doktrinde ve yargısal içtihatlarda idarenin sorumluluk sebepleri, hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk olarak kabul edilmektedir⁵.

Kusur sorumluluğu olarak tarif edilen hizmet kusurunun; hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi ve hizmetin hiç işlememesi hallerinde var olduğu kabul edilir⁶. Hizmet kusuru bir Danıştay kararında şöyle tarif edilmiştir: “İdare hukuku ilkelerine göre bir olayda hizmet kusurunun varlığından sözü edilebilmesi için idarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetinde, kuruluş, işleyiş ya da personel açısından gereken emir ve talimatların verilmemesi, denetimin yetersiz olması, hizmete tahsis edilen araç ve gereçlerin uygun ve yeterli olmaması, gereken tedbirlerin alınmaması veya geç ve zamansız alınması gibi nedenlerle bir aksaklık, bozukluk, düzensizlik, eksik veya sakatlık meydana gelmiş ve oluştuğu ileri sürülen zararın da bundan kaynaklanmış olması gerekmektedir.”⁷.

İdarenin kusursuz sorumluluğunun kabul edildiği hallerde ise idarenin sorumlu tutulabilmesi için kusurunun bulunması gerekmektedir⁸. Diğer bir ifade ile idare, hukuka uygun eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemek zorunda bırakılmaktadır⁹. İdarenin kusursuz sorumluluğunun varlığının kabul edildiği tehlike ilkesi, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi ve sosyal risk ilkesinin var olduğu durumlarda idare, herhangi bir kusuru bulunmasa da kişilerin uğramış olduğu zararları gidermek zorundadır.

İdarenin faaliyetlerinden dolayı kişilerin uğramış oldukları bir zarar olmadığı sürece idarenin kusurlu veya kusursuz sorumluluğundan da bahsedilemeyecektir. Bilindiği gibi zarar, maddi zarar veya manevi zarar şeklinde olabilir. Maddi zarar kişinin malvarlığında bir eksilmenin olmasıdır¹⁰. Manevi zarar ise kişinin şahıs bütünlüğüne yönelik bir saldırı sebebiyle, kişinin duymuş olduğu acı, üzüntü veya eksikliklerdir¹¹. Kişi, idarenin faaliyetlerinden dolayı uğramış olduğu zararı ispatlamak zorundadır. İdarenin sorumluluğunda

⁵ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/ Turgut TAN, İdare Hukuku, Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.800; Lütfi DURAN, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s.26.

⁶ ATAY, s.714-725; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, s.821; ESİN, s.31-47.

⁷ D.10.D., 17.10.1983, E.1982/185, K.1983/1984, DD., S.54-55, s.388.

⁸ DURAN, s.47.

⁹ Kemal GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınları, Bursa, 2010, s.760.

¹⁰ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.855.

¹¹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.855.

maddi bir zarar söz konusu ise bu zarar, maddi tazminata konu olacaktır. Manevi bir zarar söz konusu ise zarar, manevi tazminata konu olacaktır.

818 Sayılı ve 1 Temmuz 2012 tarihine kadar yürürlükte kalacak olan Borçlar Kanunu'nun 45. ve 46. maddelerinde ölüm ve cismani zarar şeklinde maddi zarar, 47. maddesinde ise manevi zarar düzenlenmiştir. 11.1.2011 tarihinde kabul edilen ve 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ise 53. ve 54. maddelerinde maddi zarar, ölüm veya bedensel zarar halleri için düzenlenmiştir. Kanun'un 56. maddesinde de manevi tazminata yer verilmiştir.

Yürürlükte olan Borçlar Kanunu'nun ölüm halinde meydana gelen maddi zararın düzenlendiği 45. maddesinin ikinci fıkrasında “*ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir.*” ifadeleriyle, destekten yoksun kalma tazminatı düzenlenmiştir. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinin son fıkrasında destekten yoksun kalan kişilerin uğramış oldukları zarar da ölüm halinde uğranılan zararlar arasında sayılmıştır. Her iki kanun hükümlerinden de anlaşılacağı gibi, ölüm halinde destekten yoksun kalan kişilerin uğramış oldukları zararlar maddi tazminat kapsamı içerisinde tazmin edilebilecektir.

Borçlar Kanunu'nun tazminata ilişkin hükümleri idare hukukunda da oldukça fazla uygulanmaktadır. Üstelik bu husus 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Borçlar Kanun'unda açıkça hüküm altına alınarak, maddi tazminata ilişkin 55. maddenin ikinci fıkrasında; “*Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlarla ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.*” sözleriyle ifade edilmiştir.

II. DESTEKTEN YOKSUN KALMA KAVRAMI

A. DESTEK KAVRAMI

Destek, başkasının geçimini kısmen veya tamamen, sürekli ve düzenli olarak sağlayan veya ona ileride bakması kuvvetle muhtemel olan kişidir¹².

¹² Selâhattin Sulhi TEKİNAY, Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963, s.12; Halûk TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1961, s.300; Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s.748; Sema GÜ-

Bir kimsenin başkalarının desteği sayılabilmesi için, fiilî bakım münasebetinin varlığı yeterlidir. Akrabalık, mirasçılık, kanuni veya akdi bir bakma mükellefiyeti aranmaz¹³. Yargıtay da 25.09.2001 tarihli bir kararında, destek kavramının, hukukî bir ilişkiyi değil fiilî bir durumu amaçladığını, hımsılık ilişkisine ve nafaka hakkındaki hükümlere dayanmadığını, kanun gereğince bir kimseye yardım etmek zorunda bulunan kişinin değil, fiilen ve düzenli olarak, onun geçimini kısmen veya tamamen sağlayacak biçimde yardım eden ve olayların normal akışına göre, eğer ölüm gerçekleşmeseydi, gelecekte de bu yardımı sağlayacak olan kimsenin destek sayılması gerektiğini belirtmiştir¹⁴.

LEÇ UÇAKHAN, Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s.408; Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s.750; Selâhattin Sulhi TEKİNAY/Sermet AKMAN/Halûk BURCUOĞLU/Atilla ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s.620; Gaye Burcu SERATLI, İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2003, s.83; Sarper SÜZEK, İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s.367; Lale SİRME, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, AÜHF. C. 35, S. 1-4, s.485-496, Ankara, 1978, s.488-489; Mustafa KILIÇOĞLU, Tazminat Esasları ve Hesaplama Yöntemleri, Adil Yayınevi, Ankara, 2000, s.140.

¹³ ESİN, s.443; TEKİNAY, s.16; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.620; UÇAKHAN, s.407; Zafer KANBUR: Ölüm ve Cismani Zararlarda Tazminat Alacaklıları, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2000, 31; Metin GÜRBÜZ, Beden Tamlığının İhlali ve Ölüm Hallerinde Doğan Maddi Zararın Hesaplanması ve Tazminatın Tayini, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, 50; Besim AKCISAK, İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir, 1989, 45, 46; Yusuf Z. BİNATLI, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1978, 147; Alpaslan AKARTEPE, Türk Borçlar Hukukuna Göre Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1994, s.7; Safa REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, 177; Sarper SÜZEK, “Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda İşverenin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu”, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat Sempozyumu, s. 17-32, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1996, 31; Gaye Burcu SERATLI, İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2003, s.63; Halûk TANDOĞAN, Mukayeseli Hukuk Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara, 1963, s.77; Levent AKIN, “Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda İşverenin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay Kararları”, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat Sempozyumu, s.33-50, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1996, s.49; Hasan Tahsin GÖKCAN/ Seydi KAYMAZ, Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukukî Sorumluluk, Tazminat, Sigorta Rücu Davaları ve Trafik Suçları, Seçkin Yayınevi, 2001, Ankara, 431; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.750.

¹⁴ Y. 4. H.D., 25.09.2001 T., E. 3996/ K. 8484; aynı yönde “...BK.nın 45. maddesi anlamında “destek” kavramı, hukukî bir ilişkiyi (yasa veya sözleşme) değil, fiilî durumu amaçlar. Yasadan veya sözleşmeden doğan bir “bakma yükümlülüğü” bulunmasa dahi, fiilen ve düzenli biçimde yardım eden ve olayların normal akışına göre eğer ölüm vuku bulmasa idi az çok yakın gelecekte de bu yardımı sağlayacak olan kimse, destek sayılır. Bunlardan ilkinde “gerçek destek” ikincisine “farazî destek” denir...” (Y. 4. H.D., 20.03.1986 T., E. 1585/ K. 2553.)

Bir kimse bakımını tamamen veya kısmen sağladığı annesi, babası ve kardeşlerinin desteği sayıldığı gibi; bakımını sağladığı akrabaları, hatta aralarında hiç bir hısımlık bağı bulunmasa dahi, yardımda bulunduğu, herhangi bir şahıs için de destek sayılır. Burada önemli olan, destek ile destekten yoksun kalan şahıs arasındaki kanuni veya akdi bağ değil, fiilî bakım ilişkisidir. Destek sayılabilmek için, mutlaka ölüm anında bir şahsa bakmakta bulunmak gerekli değildir. Bakım ilişkisinin, ileride kurulabilecek olması da destekten yoksun kalma tazminatı talebi için yeterlidir¹⁵.

B. DESTEK ÇEŞİTLERİ

Ölüm anına kadar başkasına düzenli ve devamlı olarak bakım yardımı bulunan “fiilî destek” ve ileride yardımda bulunması kuvvetle muhtemel olan “farazî destek” olmak üzere iki destek çeşidi vardır.

1. Fiilî Destek

Destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunan şahsa, ölümü anına kadar fiilî ve düzenli bir şekilde bakan kimseye “fiilî destek” denir¹⁶. Bakım, fiilî ve düzenli olarak kendisine bakılan şahsın yaşama ihtiyaçlarını tamamen ve kısmen sağlamaya, onu zarurete düşmekten korumaya yönelik olmalıdır. Ayrıca, fiilî bakım ilişkisinden, destek ölmeseydi bakımın düzenli olarak devam edeceğinin anlaşılması gerekir¹⁷. Eşler birbirleri için, ana ve baba çocukları için, çalışmakta olan çocuklar ana ve babaları için, kardeşler birbirleri için ve özellikle kırsal kesimde yüksek oranda rastlandığı üzere, resmi nikâh olmaksızın beraber yaşayanlar birbirleri için fiilî desteklerdir.

2. Farazî Destek

Ölmeseydi, olayların olağan akışına göre, destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunan şahsa bakması kuvvetle muhtemel olan kişiye

¹⁵ TEKİNAY, s.16; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.621; Kemal Tahir GÜRSOY, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, AÜHFD., S. 1-2, s.143-196, Ankara, 1972, 146; Ahmet Necdet SEZER, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Hesabında Gözönünde Tutulacak Esaslar”, Yasa Hukuk Dergisi, S. 9, s.1229-1269, Ankara, 1980, s.1232.

¹⁶ UÇAKHAN, s.411; GÜRBÜZ, s.51; TANDOĞAN, s.300; EREN, s.748; SERATLI, s.85; GÖKCAN/ KAYMAZ, s.432.

¹⁷ GÜRBÜZ, s.51; KANBUR, s.32; Tahir ÇAĞA, “Ölüme Sebebiyet Halinde Müteveffanın Yardımından Mahrum Kalanlara Verilecek Maddi Tazminatın Tayini Meselesi”, Adalet Dergisi, S. 4, s. 434-458, Ankara, 1950, 436; M. Ahmet KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002,s.280.

“farazî destek” denir¹⁸. Başka bir deyişle farazî destek, ölüm vuku bulmadan önce başkasının bakımını kısmen veya tamamen üstlenmemiş olmakla beraber, ileride üzerine almasına kesin gözüyle bakılan şahıstır¹⁹. Özellikle, küçük çocuklar ana ve babaları için, nişanlılar da birbirleri için farazî desteklidir. Herhangi bir şahıs insanî, ahlakî veya sosyal duygularla başkalarının bakımını kısmen veya tamamen üstlenmiş olabilir²⁰.

Borçlar Kanunu’nun 45/2. maddesi hükmüne göre, bir başkasının geçimini sağlayan herkes destek olabileceğinden, destek tiplerini tahdidi olarak saymak mümkün değildir. Ancak en çok karşılaşılan destek türleri şunlardır:

a. Eş

21.11.2001 tarihinde kabul edilen Medeni Kanun’un 185/3. maddesine göre, eşler birbirlerine yardımcı olmak zorundadırlar. Yeni Medeni Kanun’un getirdiği sistemde aile reisi kavramı bulunmadığı gibi, kocanın tek başına eşine ve çocuklarına bakma yükümlüğü de yoktur. 4721 sayılı Medeni Kanun’un 186. maddesinde, “...Birliğı eşler beraberce yönetirler. Eşler birliğın giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar.” hükmü yer almaktadır. Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere, eşler birbirlerinin en tabîî desteğidir²¹. Bu nedenle, eşlerin birbirlerinin desteğı olduklarını ispat etmeleri gerekmez. Bu karinenin aksini ispat yükü davalıya düşer. Karının sağlığında, ev işleri dolayısıyla kocasına destek olduğu, karının ölmesi ile kocanın ev işleri dolayısıyla maddi bir zarara uğradığı kabul edilir²². Danıştay tarafından da, elektrik direğindeki arızanın zamanında giderilmeyerek elektrik akımına kapılarak hayatını kaybeden eş dolayısıyla kocanın destekten yoksun kaldığı kabul edilerek, tazminat istemi kabul edilmiştir²³.

¹⁸ EREN, s.751; AKCISAK, s.47; SERATLI, s.86; Kemal OĞUZMAN/ Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000, s.548; KILIÇOĞLU, s.280; GÖKCAN/ KAYMAZ, s.432; İlhan ULUSAN, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Hukukî Sorumluluğı, İstanbul, 1990, s.162.

¹⁹ GÜRBÜZ, s.52; GÜRSOY, s.147; UÇAKHAN, s.411; SEZER, s.1232; Nazif ERDEM, Türk Borçlar Kanunu Şerhi Ve Dâvaları, Tipo Matbaacılık, Ankara, 1988, s.310-311; REİSOĞLU, s.178.

²⁰ GÜRBÜZ, s.60; UÇAKHAN, s.421.

²¹ ESİN, s.444.

²² ESİN, s.444-445.

²³ D.12.D., 30.05.1970, E.1968/232, K.1970/1183, (Nakleden; ESİN, s.110.)

Konu ile ilgili yeni tarihli bir Danıştay kararında da; “... Ölen şahıs hayatta iken bazı kimselerin yardımcısı, maddi destekçisi durumunda ise, ölüm nedeniyle bu kimseler bir zarara uğramış olurlar. Bu durumun sonucu olarak destekten yoksun kalma tazminatının amacı; desteğini yitiren kimsenin, ölümün meydana gelmesinden önce bulunduğu sosyal ve ekonomik yaşama düzeyinin devamını sağlayacak geliri temin etmesidir. Ayrıca, çalışmayan, ev hanımı olan kişinin, eve maddi katkısının bulunmadığını kabul etmek mümkün değildir. Bu gibi hallerde en azından, ölen şahsın, ölüm olayından önce evde gerçekleştirildiği hizmetin üçüncü bir kişi tarafından yapılması halinde ödenecek meblağ kadar katkısı olduğunun kabulü gerekmektedir. Her ne kadar, bu katkının somut olarak davacı tarafından ispatı mümkün değilse de, işin uzmanı olan bilirkişilere zararın hesaplatılması ve bu hesap yapılırken asgari ücretin brüt tutarının esas alınması gerekmektedir.”²⁴ denilerek, ev hanımı olan eşin eve olan katkısı oranında destekten yoksun kalma tazminatının gündeme gelebileceği vurgusu yapılmıştır.

b. Ana – Baba

Medeni Kanun’un 185/2. maddesine göre, “Eşler..çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler.” Medeni Kanun’un 327/1. maddesine göre, “Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır.” Medeni Kanun’un 328. maddesine göre, “Ana ve babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler.” Yine Medeni Kanun’un 364/1. maddesine göre, “Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan ... altsoyuna ... nafaka vermekle yükümlüdür.” Yukarıda belirtilen maddelerden de anlaşılacağı üzere, anne ve baba çocuklarının fiilî desteğidir, onların çocuklarına bakma ödevi kanun hükmüne dayanır²⁵. Yaşı küçük çocuğun anne veya babası tarafından bakıldığını, başka bir deyişle ölen anne yahut babasının kendisine baktığını ispat etmesi gerekmez. Bu karinenin aksini ispat yükü davalıya düşer²⁶. Çocuğun evlilik dışı olması, üvey olması veya evlat edinilmiş olması ana ve babanın çocuğun fiilî deste-

²⁴ D.10.D., 29.01.2007, E.2004/7284, K.2007/212, DBB.

²⁵ Arkun KUDAT, Cismanî Kazalardan Doğan Zararlar Nasıl Değerlendirilir, Ajangs - Türk Matbaası, Ankara, 1966, s.82; GÜRBÜZ, s.53; SERATLI, s.107.

²⁶ GÜRBÜZ, s.53.

ği olmaları durumunu ortadan kaldırmaz²⁷. Çocuğun destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunabilmesi için desteğin ölümü anında doğmuş olması şart değildir. Ölüm anında ana rahminde bulunan çocuk da sağ ve tam doğmuş olmak şartıyla destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunabilir²⁸.

c. Çocuklar

Çocuk, Medeni Kanun'un 364/1. maddesi gereği, kendisinin ödeme gücüne sahip bulunması ve ana babanın zaruret içinde olması halinde yardım nafakası ödemekle mükelleftir. Ancak yetişkin çocuk, ölüm anına kadar anne ve babasına düzenli ve devamlı olarak bakmışsa, aralarında fiilî bakım ilişkisi kurulmuştur. Bu durumda yetişkin çocuk, anne ve babasının fiilî desteği sayılır²⁹.

Yargıtay, eski tarihli kararlarında³⁰, anne ve babanın çocuklarının ölümü sebebiyle destekten yoksun kalma tazminatı taleplerinde, yetişmiş çocuğun ana ve babasına destek olduğu hususundaki ispat yükünün, davacıya ait olduğunu belirtmekte iken bizim de daha uygun olduğunu düşündüğümüz, son zamanlarda verdiği kararlarında³¹ ise, hayatın olağan akışına göre yetişmiş çocuğun anne ve babasının desteği sayılacağı ve aksini iddia eden davalının iddiasını ispat etmesi gerektiği esasını kabul etmiştir.

Eğer çocuk çalışarak kazanç sağlayabilecek yaşa gelmeden ölmüşse, anne ve babasına ileride bakması hayatın olağan akışına göre kuvvetle muhtemel olduğundan anne ve babası için farazî destek sayılır³². Çocuğun ölüm anında küçük olması, herhangi bir gelir elde etmemesi önemli değildir³³. Ço-

²⁷ ESİN, S.445; Mustafa Reşit KARAHASAN, Tazminat Hukuku, Maddi Tazminat, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s.289; GÜRBÜZ, s.53; karşı görüş TEKİNAY, s.26 (Yazar, anne ve babanın üvey çocuklarının desteği olduğunu kabul edebilmek için, üvey çocukların bakım ihtiyacı içerisinde olduğunu kanıtlamaları gerektiğini belirtmekle beraber, eğer üvey çocuk fiilen bakılıyorsa bu şartı aramamaktadır).

²⁸ TEKİNAY, s.26-27; GÜRBÜZ, s.54; KUDAT, s.82; GÜRSOY, s.153.

²⁹ KUDAT, s.84; GÜRBÜZ, 55; ERDEM, s.312; Ergun ORHUNÖZ: "Evladın Ölümü Sebebi ile Ana ve Babanın Destek Zaranı", İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 58, s. 119-121, İzmir, 1993, 121; SERATLI, s.111.

³⁰ Y.4.H.D., 07.10.1957 T., E.4173/K.5880, (KUDAT, s.83); aynı yönde Y.15.H.D., 20.05.1975 T., E.1521/K.2700.

³¹ Y.10.H.D., 15.03.1988 T., E.930/K.1559, Y.K.D., Yıl: 1988, S. 7, 938; Y.19.H.D., 06.10.1992 T., E.2629/K.4737, Y.K.D., Yıl: 1993, S. 2, 248.

³² EREN, s.751; SERATLI, s.113.

³³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.625; GÜRSOY, s.149; GÜRBÜZ, s.57.

cuğun ileride gelir elde etmesinin mümkün bulunması ve hayatın olağan akışına göre anne ve babasına bakacağına kesin gözüyle bakılması yeterlidir³⁴. Danıştay³⁵, Yargıtay³⁶ ve A.Y.İ.M. in³⁷ içtihatları da bu yöndedir.

d. Nişanlılar

Medeni Kanun'un 118. maddesine göre, "*Nişanlanma evlenme vaadi ile olur.*" Nişanlılık, evlenmenin gerçekleşeceği hakkında kuvvetli bir karine teşkil eder. Bu nedenle, nişanlıların ileride birbirlerine destek olmaları asıldır³⁸. Ölen nişanlının, ölüm vuku bulmasa idi olayların olağan akışına göre destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunan diğer nişanlıya bakması kuvvetle muhtemel olduğundan, nişanlılar birbirlerinin farazî desteğidirler³⁹.

³⁴ KARAHASAN, s.291; GÜRBÜZ, s.57; AKARTEPE, s.36.

³⁵ "...İdare mahkemesi, ...ölen çocuğun yaşının küçük olması nedeniyle halihazır ve yakın bir gelecekte yakınlarına ekonomik olarak destek olmasının mümkün olmadığı bu nedenle davalı idareye destekten yoksun kalma tazminatı ödettilmesinin hak ve nesalet kurallarıyla bağdaşmayacağı gerekçesiyle davacıların destekten yoksun kalma tazminatı talebini reddetmiştir...Davacıların 6,5 yaşında ölen çocuğunun ölüm olayı meydana gelmeseydi; 18 yaşına kadar anne-babasının bakım ve gözetiminde olacağı; 18 yaşından sonra ise, yaşamın ve olayların normal akışı içinde gelir getirici bir işte çalışabileceği kuvvetle muhtemel olup, bu yaştan itibaren yaşadığı yerin gelenekleri, yaşam biçim ve koşulları, çalışma ve eğitim – öğretim durumları da gözönünde tutularak anne ve babasına sağlayacağı muhtemel destek kaybindan dolayı uğramıldığı ileri sürülen zararın hesaplanması gerekmektedir..." D.10.D.17.01.2001, E. 1998/1504, K.2001/78, (Yakup BAL / Mustafa KARABULUT / Yahya ŞAHİN, Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, 873).

³⁶ "...Ne var ki genel yaşam deneyimlerine ve yaşamın olağan akışına dayanan kişi, artık iddiasını ispatla yükümlü değildir. Ölen çocuğun, gelecekte ana babasına bakacağı yaşamın ve olayların normal akışı içinde beklenebiliyorsa, çocuk onlar için destektir..." YHGK., 21.04.1982 T., E.1528 /K.412.

"...Ana ve babanın çocukları kaç tane olursa olsun, maddi durumları ne derecede bulunursa bulunsun, hatta gelecekleri müesseselerce garanti altına alınmış olsa bile, bir gün zarurete düşüp düşmeyecekleri, çocuklarına muhtaç olup olmayacakları kestirilemez, fakat onların ileride çocuklarının maddi desteklerine muhtaç olabileceklerinin kabulü, hayatın olağan akışına uygun olur. O halde küçük yaşta ölen çocuk dahi olsa, ana babasının farazî bir desteği olarak kabul edilmelidir..." Y. 4. H.D., 20.03.1986 T., E. 1585/ K.2553, (Y.K.D. ,Yıl: 1986, 961); aynı yönde Y. 15. H.D., 08.03.1976 T., E. 1975/ 5524, K.1976/966, Y.5.H.D., 20.12.1984, E.10892/K.11385, (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.626, dpn. 20a).

³⁷ "...Toplumumuzda örf ve adetleri uyarınca yetişen bir erkek evladın, az da olsa annesine ve babasına yardımda bulunacağını inkar edilemeyecek bir gerçek olduğu; bu nedenle ölenin yalnızca anne ve babası olmanın destekten yoksun kalmayı gerektirmeyeceği, aksine bu hususun kanıtlanması gerektiğine ilişkin davalı idare savunmasına itibar edilemeyeceği..." A.Y.İ.M. 2. D. 29.01.1992 T., E. 1991/432, K.1992/ 42.(Yayınlanmamıştır).

³⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.627.

³⁹ TEKİNAY, s.35-37; KUDAT, s.85; AKARTEPE, s.39; GÜRBÜZ, s.58; SERATLI, s.106;

Yargıtay, destekten yoksun kalma tazminatı taleplerinde, basit evlenme vaadinin nişanlanma olmadığını kabul etmekte ve nişanın örf ve âdete uygun yapıldığının ispatını aramaktadır⁴⁰. Ancak Borçlar Kanunu'nun 45/2. maddesinde hüküm altına alınmış olan destekten yoksun kalma tazminatını talep edebilmek için, düzenli ve devamlı yardım şartlarının gerçekleşmiş olması yeterli olduğundan ve bu şartların gerçekleşmiş olması halinde, üçüncü kişilere dahi tazminat talep etme hakkı tanındığından, nişanlanmayı meydana getiren evlilik birliğini kurma yolundaki arzu ve iradeyi gösteren karşılıklı iki irade beyanının bulunması yeterlidir⁴¹.

e. Kardeşler

Medeni Kanun'un 364. maddesine göre, “Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan ...kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür. Kardeşlerin nafaka yükümlülükleri, refah içinde bulunmalarına bağlıdır.”. Kural olarak, kardeşlerin birbirlerine bakma yükümlülüğü yoktur. Ölen şahıs, hayatta iken kardeşine düzenli ve devamlı olarak bakıyor ise, Medeni Kanun'un 364. maddesinde hüküm altına alınmış olan, kardeşler arasındaki nafaka mükellefiyeti için aranan refah halinde bulunma şartı aranmaz. Bu durumda, kardeşlik bağının pek önemi yoktur. Kardeşler arasında fiilî bakım münasebeti söz konusu olduğundan hayatta kalan kardeş, davalıdan destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunabilir⁴².

Eğer ölen, sağlığında fiilen kardeşine bakmıyor ise destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunan kardeşin, Medeni Kanun'un 364. maddesi hükmü gereğince, ihtiyaç içerisinde olduğunu veya ileride ihtiyaç içerisinde düşeceğini ve ölen kardeşinin de refah içerisinde bulunduğunu ispatlaması gerekir⁴³.

Hayatta iken bakım gücüne sahip olmayan destek, sakatlık, zeka geriliği gibi sebeplerle sürekli bakım ihtiyacı içerisinde olan kardeşi için farazî destektir⁴⁴. A.Y.İ.M. de bir kararında “... Davacı kardeşın %90 sakat

AKCISAK, s.53.

⁴⁰ Y. 2. H.D., 08.09.1949 T., E. 2871/ K.4269, Y.K.D., Yıl: 1950, S. 12, s. 355; Y. 2. H.D., 18.01.1951 T., E. 8916/ K.419, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 1951, s. 158.

⁴¹ UÇAKHAN, s.421.

⁴² ESİN, s.444; TEKİNAY, s. 33; GÜRBÜZ, s.57; KUDAT, s.85; Kemal Fikret ARIK, Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara,1964, 136; SERATLI, s.116.

⁴³ TEKİNAY, s.34; GÜRBÜZ, s.58.

⁴⁴ GÜRBÜZ, s.58; KANBUR, s.38.

ve felçli olduğu dikkate alınarak, anne ve babasının ölümüne kadar onların desteğinde kalacağı, anne ve baba öldükten sonra başka bir erkek kardeşi bulunmadığından, Türk örf ve adetlerine göre kendisinin muhtemel ömür sonuna kadar müteveffa kardeş tarafından bakılacağı...” diyerek, destekten yoksun kalma tazminatı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴⁵.

Bununla birlikte, ölenin farazî destek sayılabilmesi için destekten yoksun kalacak kardeşin, ölüm vuku bulmadan önce doğmuş veya sağ ve tam doğmak şartı ile ana rahmine düşmüş olması gerekir⁴⁶. Yargıtay da bir kararında, desteğin ölümünden iki yıl sonra doğmuş olan kardeşin destekten yoksun kalma tazminatı talebinin reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴⁷. Yargıtay başka bir kararında, “...kanunen kardeşin kardeşe destek olması, hali refahta bulunmasına bağlı olup ölen kardeşin küçük yaşta olması sebebiyle davacı kardeşlerine destek olacağıнын kabulü pek zayıf bir ihtimal olduğundan, küçük kardeşin ölümü sebebiyle...” diyerek, ölenin kardeşlerine destekten yoksun kalma tazminatı verilmemesi gerektiğine hükmetmiştir⁴⁸.

f. Medeni Nikâh Olmaksızın Birlikte Yaşayanların Birbirlerine Destek Olmaları

Ülkemizde, evlenmenin yasalar nezdinde geçerli olabilmesi için Medeni Kanun’un 142. maddesinde⁴⁹ belirtilen şekle uygun olarak yapılması gerekmektedir birlikte, özellikle kırsal kesimde dini nikâhlı birleşmelere sıkça rastlanmaktadır. Ayrıca aralarında resmi veya dini nikâh bulunmaksızın, düzenli ve devamlı bir şekilde karı koca hayatı yaşayan çiftler de mevcuttur. Bu durumdaki kadın, birlikte yaşadığı erkeğin ölümü halinde yalnızca desteğini kaybetmemekte, aynı zamanda yasalar nezdinde mirasçı sıfatını da kazanmadığından, yıllarca verdiği emekler heba olup gitmektedir. Bu nedenle, nikâhsız olarak yaşamakta iken desteğini kaybeden kadını destekten yoksun kalma tazminatından mahrum etmek ülkemiz gerçeklerine uygun düşmez⁵⁰.

⁴⁵ A.Y.İ.M. 2. D. 11.12.1991 T., E.1990/296, K.1991/459; aynı yöndeki kararlar, A.Y.İ.M. 3. D. 06.10.1977 T., E.1976/5831, K.1977/10863, A.Y.İ.M. 3. D. 26.01.1977 T., E.1976/837, K.1977/1130.(Kararlar yayınlanmamıştır).

⁴⁶ GÜRSOY, s.150.

⁴⁷ Y. 9. H.D., 18.11.1965 T., K. 9329, (GÜRSOY, s.151).

⁴⁸ Y. 11. H.D., 29.01.1990 T., E. 1989/6494, K. 1990/294.

⁴⁹ “Evlendirme memuru, evleneceklerden her birine birbiriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorar. Evlenme, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur. Memur, evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu açıklar.”

⁵⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.628.

Resmi nikâh bulunmaksızın, karı koca hayatı yaşayanlar arasında kurulmuş olan hayat birliği, ölüm gerçekleşmemiş olsaydı gelecekte de bu şekilde devam edeceğine dair bir ciddiyet ve süreklilik taşıyorsa, taraflar arasında fiilî bakım ilişkisinin varlığı kabul edilecektir⁵¹. Sağ kalanın, ölenin kendisine düzenli ve devamlı baktığını, başka bir deyişle aralarında fiilî bakım ilişkisinin kurulduğunu ispatlaması halinde, davalıdan destekten yoksun kalma tazminatı talebi kabul edilmelidir⁵². Yargıtay⁵³ ve A.Y.İ.M. in⁵⁴ de görüşü bu yöndedir. Aynı görüşte olan Danıştay'ın da konu ile ilgili bir kararı şöyledir: *“Davacı... nın ölenle aralarında bir evlenme akdi olmadan birleşip karı-koca halinde yaşadıkları ...davacının ölenin desteğinden yararlanarak yaşamını sürdürdüğü anlaşıldığından, destekten yoksun kaldığının ...kabul edilmesi gerekmektedir.”*⁵⁵.

III. DESTEKTEN YOKSUN KALMA SONUCU TAZMİNAT HAKKININ DOĞMASI İÇİN GEREKEN ŞARTLAR

İdarenin meydana gelen bir ölüm dolayısıyla destekten yoksun kalma tazminatından sorumlu olabilmesi için varlığı gerekli olan şartları şöyle sıralayabiliriz:

A. DESTEĞİN ÖLÜMÜ

Yürürlükte olan Borçlar Kanunu'nun 45. maddesinde, *“Bir adam öldüğü takdirde...”* ifadesi kullanılmıştır. Benzer şekilde 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinde

⁵¹ ESİN, s.445; Argun KÖTELİ, Evliliğin Hukukî Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1991, s.190; SERATLI, 104; SÜZEK, s.367.

⁵² KANBUR, s.39.

⁵³ Y.4.H.D., 25.5.1976 T., E. 5263/ K. 5405, (Y.K.D.,Yıl: 1978, S. 5, 699).

⁵⁴ *“...Toplumumuzda süregelen örf ve adetlerin bir icabı olan nikahsız birleşmelerin mevcut olması, bazı yörelerde imam nikahı ile olan birleşmelerin normal ve yeter kabul edilmesi, bu şekilde birleşmelerde karının, kocanın her türlü desteğine sahip bulunması, hukukî manada bir zararın mamelekteki bir eksilmeyi ifade etmesi nedeniyle; bu davacıya da maddi ve manevi tazminat verileceği...”*, A.Y.İ.M. 3. D. 02.11.1976 T., E.1975/499, K.1976/6185; aynı yönde A.Y.İ.M. 2.D. 19.11.1986 T., E. 61/ K.131, A.Y.İ.M. 2. D. 29.01.1992 T., E.1991/432, K.1992/42.(Kararlar yayınlanmamıştır).

⁵⁵ D.10.D., 10.2.1998, 5784/594. ATAY/ODABAŞI/GÖKCAN, s.232. *“.. Aralarında hukuki evlilik rabatası bulunmamakla beraber ölümünden evvel müteveffa ile birlikte yaşadığı sabit bulunan ve Borçlar Kanununun 45 inci maddesi hükmüne göre müteveffanın yardımından mahrum kalan diğer kimselerden sayılan...liranın ödenmesine..”*(D.12.D., 21.10.1967, E.1965/2767, K.1967/1664; Nakleden; ESİN, s.207.)

destekten yoksun kalma tazminatı, ölüm halinde meydana gelen zararlar arasında sayılmıştır. Bu sebeple destekten yoksun kalma tazminatı talep hakkının doğabilmesi için desteğin ölmesi gerekir. Tazminatın talep edilebilmesi için, desteğin ölümünün vuku bulmuş olması şartı, destekten yoksun kalma tazminatını diğer tazminat çeşitlerinden ayıran en temel özelliğidir⁵⁶.

Medeni Kanun'un 31. maddesinde hüküm altına alınmış ölüm karinesine göre, *"Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunmamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır."* Ayrıca Medeni Kanun'un 32/1. maddesine göre, *"Ölüm tehlikesi içinde kaybolan ve kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir"*. Her iki madde hükümünden de anlaşılacağı üzere, desteğin tıbben ölmüş olması gerekli olmayıp, ölümüne kesin gözle bakılacak bir durumda veya ölüm tehlikesi içerisinde kaybolması yahut kendisinden uzun zamandan beri haber alınamaması halinde de destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilmelidir⁵⁷. Örneğin, savaşta kaybolan bir askerin desteğinden yoksun kalanlar ilgili mahkemeden gaiplik kararı alarak destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilmesini talep edebilirler⁵⁸.

B. DESTEĞİN ÖLÜMÜNDEN İDARENİN SORUMLU OLMASI

İdareden destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebilmesinin diğer şartı, desteğin ölümünden idarenin sorumlu olmasıdır. İdarenin sorumluluğu kusurlu sorumluluğa veya kusursuz sorumluluğa dayanabilir. Sorumluluğun hangi kaynağa dayandığının tazminat talep hakkının doğumu, tazminatın şartları, zarar ve tazminat miktarının tespiti açısından bir önemi yoktur.

Danıştay tarafından da, terör eylemleri sebebiyle girilen bir çatışma sonucunda ev hanımı olan eşin hayatını kaybetmesi sonucunda kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca destekten yoksun kalma tazminatı ödenmesi gerektiğine karar verilmiştir⁵⁹. İdareye ait gelirim hattının koparak yer düşmesi sonucunda

⁵⁶ KILIÇOĞLU, s.138.

⁵⁷ Ölüm karinesi ve hükümleri, gaiplik karinesi, gaiplik kararının hüküm ve sonuçları hakkında geniş bilgi için bkz., Jale G. AKİPEK/ Turgut AKINTÜRK, Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. 1, Yenilenmiş 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, 263-281.

⁵⁸ KANBUR, s.30.

⁵⁹ D.10.D., 29.01.2007, E.2004/7285, K. 2007/212, DBB.

oradan geçmekte olan kişinin ölümünde idarenin hizmet kusurunun bulunması sebebiyle de Danıştay davacılar destekten yoksun kalma tazminatı ödemesi gerektiğine karar vermiştir⁶⁰. Konu ile ilgili bir diğer Danıştay kararında ise, yasak olan askeri bölgeye girerek yapılan dur ihhtarlarına uymayan kişinin nöbetçi askerlerle öldürülmesi üzerine, olayda idarenin kusurunun bulunmadığı, kusursuz sorumluluk hallerinden bir tanesinin de var olmaması sebebiyle destekten yoksun kalma tazminatı ödenemeyeceğine karar verilmiştir⁶¹.

C. BAKIM GÜCÜ

Bakım gücü, destek türlerine göre farklılık göstermektedir. Bu sebeple bakım gücünü her bir destek türü için ayrı ayrı incelemek gerekir.

1. Fiilî Desteğin Bakım Gücü

Bir insana bakmak, o insanın hayat ihtiyaçlarını devamlı ve düzenli bir şekilde karşılamaktır. Bakım yardımı, hayat ihtiyaçlarını karşılamak yerine, başka bir amaca dayanıyorsa bakma şartı gerçekleşmiş sayılmaz. Örneğin, bir kimseye borçlarını ödemesi için düzenli bir şekilde verilen paralar, bir ürün veya hizmetin karşılığında yapılan ödemeler bakma kavramı kapsamına girmediği gibi, bir başkasının mesleki ve bilimsel araştırmalar yapması için lüzumlu masraflarını devamlı olarak sağlamak da bakma sayılmaz⁶². Bakım, kısmen veya tamamen bir şahsın yaşama ihtiyaçlarını temin etmeye yönelik olabileceği gibi para, yiyecek, giyecek verme, konut sağlama, okul masraflarına yardım şeklinde de olabilir⁶³. Hizmet olarak yardımda bulunuluyor olmak da, destek sayılmak için yeterlidir. Çünkü yapılan hizmetler başkalarına bu hizmetler karşılığında para ödenmesini önler. Bu nedenle evli kadın, yaptığı ev hizmetleri nedeniyle kocasının ve çocuklarının desteği sayılır⁶⁴.

⁶⁰ D.10.D., 18.02.1998, E.1996/6495, K.1998/720, DBB. Aynı yöndeki diğer bir karar için bkz : D.10.D., 21.12.1998, E.1998/24, K.1998/6861, DBB.

⁶¹ D.10.D., 09.11.1999, E.1997/6014, K.1999/5492, DBB.

⁶² TANDOĞAN, s.301; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.621; TEKİNAY, s.19; OĞUZMAN/ ÖZ, s.547.

⁶³ TEKİNAY, s.21; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.622; GÜRBÜZ, s.52-53; UÇAKHAN, s.412; KANBUR, s.40; KUDAT, s.76; ERDEM, s.314; Hasan PETEK:“Ölüm Nedeniyle Manevi Tazminat ve Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Hakkında Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, Manisa Barosu Dergisi, Yıl: 2000/1, S. 72, s. 41-54, Manisa, 2000, 45.

⁶⁴ TEKİNAY, s.21; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.622; GÜRBÜZ, s.53; ARIK, s.136; Hüseyin HATEMİ, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s.100.

Bakım ilişkisinin öncelikle düzenlilik ve devamlılık arz etmesi gerekir. Düzenlilik ve devamlılık, özellikle ölenin kanuni bakım yükümlülüğü altında bulunmadığı şahıslar için önem taşır. Çünkü bu iki unsurdan birinin eksik olması halinde, yardımın ölümden sonra devam edip etmeyeceği kestirilemez. Yardımı yapanın isteğine göre, düzensiz olarak yapılan yardımlar, destekten yoksun kalma tazminatı talebine dayanak olamayacakları gibi günlük, haftalık, aylık, gibi düzenli aralıklarla yapılmakla birlikte, birkaç ay gibi sınırlı bir süreyi kapsayan, devamlılık arz etmeyen yardımlar da destekten yoksun kalma tazminatı talebine esas teşkil etmezler⁶⁵.

2. Farazî Desteğin Bakım Gücü

Ölen ile davacı arasında, ölüm anına kadar fiilî bakım ilişkisi kurulmamışsa, başka bir deyişle ölen, davacı için farazî destek ise, davacı ölüm vuku bulmasa idi, ölenin bakım gücüne sahip olacağını ve ölen ile aralarında fiilî bakım ilişkisinin kurulacağını ispatlamalıdır⁶⁶.

D. BAKIM İHTİYACI

Destekten yoksun kalma tazminatı talep hakkının doğumunun diğer önemli unsuru, destekten yoksun kalanın bakım ihtiyacı içerisinde olmasıdır⁶⁷. Destekten yoksun kaldığı iddiasında olan şahsın, ölen desteğin bakım yardımına muhtaç olması gerekir. Eğer bu şahıs, ölen desteğin devamlı ve düzenli bakım yardımlarına ihtiyaç duymuyor ise, destekten yoksunluk zarardan söz edilemez⁶⁸. Desteğin ölümünden önce, destekten yoksun kaldığı iddiasında olan şahsa maddî yardım yapıyor olması, tek başına, o şahsın bakım ihtiyacı içinde olduğunu göstermez. Çünkü maddî açıdan ihtiyacı olmayan birine yapılan yardımlar, düzenli ve devamlı olsalar da, bu yardımlar bakım yardımı niteliği kazanamaz⁶⁹.

Destekten yoksun kaldığını iddia eden şahsın, bakım ihtiyacı içerisinde olması sefaletle düşmesini değil, sosyal durumuna uygun bir hayat sürme imkânından yoksun kalmasını ifade eder⁷⁰. Diğer bir ifade ile, önceki

⁶⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.621, 622.

⁶⁶ AKCISAK, s.88; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.628; EREN, s.751.

⁶⁷ ESİN, s.446.

⁶⁸ UÇAKHAN, s.413; GÜRSOY, s.156; AKARTEPE, s.21.

⁶⁹ KUDAT, s.78.

⁷⁰ TEKİNAY, s.49; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.629; EREN, s.751-752; KARAHASAN, s.300; ERDEM, s.315; SERATLI, s.93; GÖKCAN/KAYMAZ, s.434;

yaşama koşullarının önemli ölçüde bozulması gerekmektedir⁷¹. Bu nedenle, bakım ihtiyacının tespitinde, destekten yoksun kalanın içerisinde bulunduğu hayat standardı ölçü olarak alınır. Burada amaç, desteğin ölümü ile neticeleşen eylemin mali sonuçlarından destekten yoksun kalanı korumaktır. Yargıtay da konumuz ile ilgili bir kararında, bakım ihtiyacının “...davacının zaruret ve sefalet haline düşmesini değil, sosyal seviyesine uygun olan hayat tarzını devam ettirmek için gerekli imkânlardan yoksun kalmasını ifade...” ettiğini belirtmiştir⁷².

E. ZARAR

Destekten yoksun kalma tazminatı talebiyle açılan davalarda öncelikle zararın doğmuş olmasına ihtiyaç vardır. Zarar ve tazminat kavramlarının, birbirlerinden ayrılmaz iki kavram olmaları sebebiyle, zarar mevcut değilse tazminat talebi de mümkün olmayacaktır.

Zarar ile bakım ihtiyacı arasında da sıkı bir bağlantı vardır. Destekten yoksun kalanın bakım ihtiyacı yoksa zarar da yoktur. Maddi zarar, bir şahsın iradesi dışında malvarlığında meydana gelen azalmadır. Malvarlığının zarara sebebiyet veren olayın meydana gelmesinden önceki ve sonraki durumu arasındaki fark, maddi zararı meydana getirir. Bir şahsın ölümü yüzünden, ölenin desteğinden yoksun kalanların uğradıkları zarar da maddi zarar olarak kabul edilir⁷³.

IV. DESTEKTEN YOKSUN KALMA HALLERİNDE ZARAR MİKTARININ TESPİTİ

A. GENEL OLARAK

Destekten yoksun kalma zararının tespiti, aslında gelecekte meydana gelecek olan bir zararın tespiti niteliğinde olduğu için matematiksel bir kesinlikle tespit edilmesi mümkün değildir. Zararın tespitinde, fiili karinelere, hal ve şartların icabına, ölen destekle destekten yoksun kalan davacının arasındaki ilişkiye dayanılarak, gelecekte vuku bulacak zarar hakkında tahmin yapılacaktır⁷⁴.

MOLLAMAHMUTOĞLU, s.750.

⁷¹ ESİN, s.446.

⁷² Y. 4. H.D., 20.03.1986 T., E. 1585/ K.2553, (KARAHASAN, s.300), aynı yönde; Y.4. H.D., 02.12.1988 T., E. 6744/ K.10354, (KARAHASAN, s.300).

⁷³ GÜRSOY, s.155; TEKİNAY, s. 44, 45.

⁷⁴ TEKİNAY, s.125; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.635; AKCISAK, s.98.

Yargıtay'ın bir kararında, destekten yoksun kalma zararının belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlar şu şekilde açıklanmaktadır; "... Ölüm nedeni ile Borçlar Kanununun 45. maddesine dayanan destekten yoksun kalma tazminatı, yoksun kalanlarla ölenin çalışıp kazanabileceği süredeki kazancı tutarından davacılara ayırıp, ileride yapabileceği yardım tutarının peşin ve toptan ödenmesinden ibarettir. Böylece tarafların yaşayacakları süre içerisinde her ay kazanılacak miktar, hayat denemelerine göre bu kazançtan davacılara ayrılacak miktarın tutarı ve ileride ödenecekken peşin ödenmesi yüzünden, peşin sermaye faizinin ayrı ayrı hesaplanıp, sonunda destekten yoksun kalma ödemesinden ibarettir. Bu yolla davacıların gerçekte uğradıkları zarar tespit edilmiş olur..."⁷⁵.

Destekten yoksun kalma zararının kesin olarak tespiti mümkün olmadığından, zarar ve dolayısıyla tazminat miktarı, destekten yoksun kalan davacı tarafından çoğu zaman tazminat davası açılırken tam olarak tespit edilemez⁷⁶. Zarar miktarının tespitinin hukukî olduğu kadar teknik yönü de vardır. Bu sebeple yargı mercileri tarafından zarar miktarının tespitinde bilirkişilere başvurulmaktadır. Danıştay da bir kararında, "destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanması, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olmayan konulardan biridir."⁷⁷ diyerek, bu hususa işaret etmiştir.

B. DESTEĞİN GELİRİ

Destekten yoksun kalma zararının tespiti için, öncelikle ölen desteğin gelirinin tespit edilmesi gereklidir. Desteğin gelirinin tespiti, destekten yoksun kalma zararının doğumu için gerekli şartlardan birisi olan, desteğin bakım gücünün tespitine yarayacaktır⁷⁸.

Desteğin gelirin, ölen desteğin hayatta kalsaydı hak sahiplerine yapacağı farz edilen bakım yardımının devam edeceği süre zarfında, elde edebileceği meslek içi ve dışı tüm gelirler ve mali imkanlar dahildir⁷⁹. Destek, hayatta kalsaydı ne kadar süre yaşayacağı, ne kadar gelir elde edeceği varsayımlara

⁷⁵ Y.4. H.D., 30.01.1965 T., E. 11420/ K.488, (SEZER, s.1235).

⁷⁶ Tazminat miktarının hesaplanması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan GÜNDÜZ, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.

⁷⁷ D.10.D., 16.03.2004, E.4534/2002, K.2508/2004, DBB.

⁷⁸ TEKİNAY, s.126; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.636.

⁷⁹ KUDAT, s.89; TEKİNAY, s.126.

dayalıdır. Özellikle farazî desteğin gelirinin tespiti bu nedenle güçlük arz etmektedir.

Destek türlerinden biri olan fiilî desteğin tüm kazançları, mali imkânları ve çeşitli kaynaklardan temin ettiği gelirlerin tespiti için somut verilere dayanma imkânı mevcut olduğundan, fiilî desteğin gelirinin tespiti farazî desteğin gelirinin tespitine nispeten çok büyük güçlük arz etmez⁸⁰. Fiilî desteğin geliri, sadece sağlığında sahip olduğu malvarlığına göre değil, malvarlığında veya gelirinde destek ölmeydi meydana gelmesi kuvvetle muhtemel olan gelişmeler dikkate alınarak, artan oranlı olarak hesaplanmalıdır⁸¹.

Farazi desteğin gelirinin tespit edilmesi güçlük arz edebilmektedir. Küçük çocukların ve ölüm anında çalışma hayatına atılmamış gençlerin ileride elde edecekleri gelirin tespitinde hatasız bir tahmin yapmak mümkün olmaz⁸². Ölüm anına kadar çalışma yaşamına atılmamış çocuğun yahut gencin, hayatta kalsaydı nasıl bir işte çalışabileceği ve ileride elde etmesi kuvvetle muhtemel olan geliri, ailesinin sosyal ve ekonomik durumu, öğrenim olanakları, kabiliyetleri, zekâ derecesi göz önünde tutularak tahmin edilir⁸³. Danıştay da küçük yaşta ölen bir çocuğun destek miktarının hesaplanmasında dikkate alınacak kriterleri bir kararında şöyle ifade etmiştir; *“Davacıların 6,5 yaşında ölen çocuğunun ölüm olayı meydana gelmeseydi 18 yaşına kadar anne-babasının bakım ve gözetiminde olacağı; 18 yaşından sonra ise; yaşamın ve olayların normal akışı içinde gelir getirici bir işte çalışabileceği kuvvetle muhtemel olup, bu yaştan itibaren yaşadığı yerin gelenekleri, yaşam biçim ve koşulları çalışma ve eğitim-öğretim durumları da göz önünde tutularak anne ve babasına sağlayacağı muhtemel destek kaybından dolayı uğranıldığı ileri sürülen zararın hesaplanması gerekmektedir. Ancak destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilirken ölen kişinin olayın meydana gelişindeki kusurunun dikkate alınması gerekmektedir.”*⁸⁴.

⁸⁰ KARAHASAN, s.306; SEZER, s.1236; TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s.637.

⁸¹ TEKİNAY, s.126.

⁸² TEKİNAY, s.126.

⁸³ KARAHASAN, s.306; TEKİNAY, s.126; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.637; UÇAKHAN, s.428-429; Ergun ORHUNÖZ, “Yaralanma ve Ölümelerde Zararın Hesaplanması”, İzmir Barosu Dergisi, S. 3, s. 79-88, İzmir, 1996, 86; KUDAT, s.91; SEZER, s.1237; GÜRBÜZ, s.64.

⁸⁴ D.10.D., 17.1.2001, 1504/78. ATAY/ODABAŞI/GÖKCAN, s.236.

Gerek fiilî destek, gerek farazî desteğin, ilerleyen süre zarfında mesleğinde ustalaşacağı, yükseleceği ve bu durumun da gelirinde artışa sebep olacağı aşikârdır. Yargıtay, uzun bir müddet, desteğin gelecekteki gelirinin yıllık %5 oranında artacağı kuralını benimsemiştir⁸⁵. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 04.12.1985 tarihli kararında, “...%5 artışa dayalı olarak rapor tanzim edildiği, oysa ekonomik konjonktür, iş hayatındaki toplu iş sözleşmesi ve pazarlık düzeni, işçi ücretlerinin milletlerarası normların altında olması, ülke gerçekleri milli gelirdeki artış ve bu artışlardan çalışanlara ayrılacak paylar; vesair unsurlar gözönünde tutulunca, gelecek yıl kazançlarının gerçeğe yakın uygun oranda artırım yolu ile saptanması adalet ve nefaset gereğidir...” demek suretiyle, gelirin %5 artırımı kuralından ayrılmıştır⁸⁶. Yargıtay’ın, bu kararında, yerel mahkemelere yol gösterecek bir oran belirtmeyip, uygun oranda artırım ilkesine vurgu yapmakla yetinmesi sebebiyle, yerel mahkemeler desteğin gelecek yıllara ilişkin kazancının tespitinde farklı oranlar kullanmışlardır. Yargıtay, bunun üzerine, gelirdeki artış hızı ile gelirin sermayeleştirilmesinde kullanılacak olan iskonto oranının denklik kuralı gereğince eşit olması gerektiği gerekçesiyle, desteğin gelirinin yıllık artış hızının ve gelir toplamından yapılacak iskontonun hesabında %10 oranının uygulanması kuralını benimsemiştir⁸⁷.

A.Y.İ.M. ise desteğin her yıl % 5 oranında bir gelir artışı sağlayacağını kabul etmektedir. %5 artış oranı, enflasyon karşılığı olan bir artış olmayıp, ölen desteğin yaşasaydı mesleğinde edineceği tecrübe, gelişme sebebiyle elde edeceği kabul edilen artıştır⁸⁸. Danıştay da, “...desteğin ölümünden dolayı istenilen destekten yoksunluk zararının tespitinde, hesap tarihine kadar desteğin gelirinde meydana gelen artışların zarara yansıtılması gerekir.”⁸⁹ diyerek, bu hususu vurgulamıştır.

⁸⁵ Y. 9.H.D., 22.06.1965 T., E. 3348/K. 5524 (AKCISAK, s.101, dpn. 314.), Y. 11. H.D.,18.05.1974 T., E. 1820/K. 1686, Y.K.D., Yıl: 1975, C.1, S.12, , 53-55.

⁸⁶ YHGK. 4.12.1985 T., E. 1984/10-332, K. 1985/980, Y.K.D., Yıl: 1986, S. 12, 1756.

⁸⁷ Y.9. H.D., 11.06.1987 T., E. 5668/ K. 5816, Y.K.D., Yıl: 1987, S. 11, 1665; aynı yönde, Y.4. H.D., 04.02.1992 T., E. 1990/12490, K. 1992/932, Y.K.D., Yıl: 1992, S. 4, 527, YHGK., E. 1989/4-586, K. 1990/199,

⁸⁸ Serdar ÖZGÜLDÜR, “İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları ve Hesaplama Yöntemi: AYİM Uygulaması”, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat Sempozyumu, s. 128-182, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1996,: “Hesaplama Yöntemi”, s.156.

⁸⁹ D.10.D., 18.04.2006, E.2003/3779, K.2006/2510, DBB.

Destekten yoksun kalana yapılacak yardım tutarının hesaplanması için, öncelikle ölen desteğin tespit edilen gelirin netleştirilmesi gerekir. Net gelirin tespitinde, brüt gelirin tespitinde olduğu gibi, matematiksel bir ölçü mevcut değildir. Bu nedenle, her somut olayın özelliğine göre hareket ederek net geliri tespit etmek gereklidir⁹⁰.

Genel olarak, net gelirin tespit edilmesinde desteğin brüt gelirinden, geliri elde etmek için yapması gereken harcamalar, ölen desteğin yaşasaydı ödemekle yükümlü olacağı her türlü vergi, resim ve harçlar ve desteğin ölümünden önce ödediği ve ödemeye mecbur olduğu nafaka ve yardımların miktarı indirilmelidir⁹¹.

C. YARDIM MİKTARI VE YARDIMIN DEVAM SÜRESİ

1. Yardım Miktarı

Desteğin net geliri tespit edildikten sonra, destek yaşasaydı gelirinden ne miktarda kimlere yardım yapacağını ortaya konulması gereklidir. Desteğin evli olup olmadığı, varsa çocuk sayısı gibi hususlar desteğin kendisine ayıracağı payın tespitinde önem taşır⁹².

Fili desteğin yapacağı yardım miktarının belirlenmesinde, farazi desteğe nazaran somut veriler bulunabilir. Desteğin, yardım olarak destekten yoksun kalana gönderdiği tutar, banka dekontu veya posta makbuzu gibi yazılı belgelerle yahut tanıkla ispatlanabiliyorsa, destek yaşasaydı yapacağı yardım tutarının tespiti kolaylaşacaktır. Ölüm anında destekle birlikte yaşayanlara desteğin yapacağı yardım miktarı tespit edilirken, destekten yoksun kalanlarla yakınlık derecesi, davacıların yaşları, cinsiyetleri, sağlık durumları, hayat seviyeleri dikkate alınır⁹³. Destekten yoksun kalanlar ile destek arasında kanuni nafaka mükellefiyeti varsa, tazminat miktarı için kanunen tahsis olunacak nafaka tutarı esas alınır⁹⁴.

Farazi desteğin gelecekte yapacağı yardım miktarı, geleceğe uzanan bir varsayıma dayandığından, hâkim, “ölenin... sağlayabileceği kazanca, davacı ile arasındaki yakınlık derecesine, öledeki yardım ve fedakarlık duygusunun

⁹⁰ KUDAT, s.92.

⁹¹ AKCISAK, s.102; AKARTEPE, s.54,55; KUDAT, s.92.

⁹² TEKİNAY, s.128-129.

⁹³ UÇAKHAN, s.431-432.

⁹⁴ UÇAKHAN, s.432.

yüksekliğine, bakılanın yaşına, cinsiyetine, ihtiyaçlarına, sürmekte olduğu hayat tarzına bakarak sözü geçen miktarı tayine çalışacaktır⁹⁵.

2. Yardımın Devam Süresi

Yardımanın devam süresi, ölen destek yaşasaydı desteğin bakım gücünün, destekten yoksun kalanların bakım ihtiyacının ve fiilî bakım ilişkisinin bir arada devam etmeleri muhtemel olan süredir⁹⁶. Bu nedenle, destekten yoksun kalma zararı süresinin sonunun tayininde, ölen desteğin bakım gücü, destekten yoksun kalanların bakım ihtiyacı ve fiilî bakım ilişkisi sürelerinin hangisi erken sona erecekse o tarih esas alınır⁹⁷.

a. Desteğin Bakım Gücünün Devam Süresi

Desteğin bakım gücünün devam süresi, muhtemel yaşama süresi içinde, çalışarak gelir elde edebileceği sürenin hesaplanmasıyla bulunur. Yargıtay, önceleri desteğin bakım gücünün normal yaşama süresi sonuna kadar devam edeceği görüşünde iken⁹⁸, hayatın olağan akışına göre, bir şahıs ömrünün sonuna kadar çalışamayacağından, bu görüşünü değiştirerek, kural olarak çalışma yaşının yaşama süresinden önce sona ereceğini içtihat etmiştir⁹⁹. Danıştay da bir kararında kişinin aktif olarak çalışma ömrünü tamamladığı için tazminat isteminin kabul edilemeyeceğine karar vermiştir¹⁰⁰. Kişinin cezaevinde tutuklu bulunduğu sırada ölmesi üzerine, yakınları için hesaplanacak olan destekten yoksun kalma tazminatının miktarı belirlenirken Danıştay, kişinin tutuklu olarak yargılandığı ceza davasına ilişkin dosyasındaki bilgi ve belgelere dayanılarak kişinin muhtemel olarak alacağı hapis cezasının, tazminatın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir¹⁰¹.

b. Destekten Yoksun Kalanın Bakım İhtiyacının Devam Süresi

Yardımanın devam süresini belirleyen diğer bir unsur da destekten yoksun kalanın bakım ihtiyacının devam süresidir. Destekten yoksun kalma zararı,

⁹⁵ TEKİNAY, s.128.

⁹⁶ TEKİNAY, s.133; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.638-639.

⁹⁷ UÇAKHAN, s.456; GÜRSOY, s.161; SERATLI, s.148; AKARTEPE, s.59; SEZER, s.1241.

⁹⁸ Y. 4.H.D., 17.06.1963 T., E.7017/K.6620, (Arkun KUDAT: a.g.e., 104).

⁹⁹ "...Ömür olarak tanımlanan yaşama süresi ile bu süre içinde çalışabilme ve kazanç sağlama gücü ayrı ayrı kavramlardır. Bu bakımdan, bu tür (destekten yoksun kalma) tazminatta ömür değil, ölenin çalışma gücü, yani faal çalışma gücü süresi esas alınmaktadır..." Y.4. H.D., 25.09.1979 T., E. 4602/K. 10323, (KARAHASAN, s.312).

¹⁰⁰ D.10.D., 14.6.2001, 4209/2319, ATAY/ODABAŞI/GÖKCAN, s.228.

¹⁰¹ D.10.D., 25.01.2006, E.2003/765, K. 2006/66, DBB.

destekten yoksun kalanın bakım ihtiyacı devam ettiği sürece söz konusu olabilir¹⁰². Desteğin bakım gücü devam etmekle birlikte, destekten yoksun kalan yaşama süresini tamamladıktan sonra desteğin bakım gücünün devam etmesi bir anlam ifade etmez. Bu nedenle, yardımın devam süresi hiç bir zaman desteğin ve destekten yoksun kalanın yaşama sürelerinden daha uzun olamaz¹⁰³. Jandarma erinin silahının kazaen ateş alması sonucu bir çocuğun ölmesi üzerine, tazminat davası devam ederken babanın ölmesi üzerine Danıştay tarafından, ölen çocuğun ancak 18 yaşından sonra babasına destek olabileceği ancak babasının daha erken bir zamanda ölmüş olması dolayısıyla, mirasçıları tarafından yapılan destekten yoksun kalma tazminatı talebinin kabul edilemeyeceğine karar verilmiştir¹⁰⁴.

D. ZARARDAN İNDİRİM YAPILMASI

Destekten yoksun kalma tazminatının amacı, ölüm sebebiyle desteğinden yoksun kalan şahsın bakım ihtiyacını gidermek olduğundan, destekten yoksun kalanın desteğin ölümü yüzünden elde ettiği veya gelecekte elde etmesi kuvvetle muhtemel olan yararların, zarardan indirilmesi gereklidir¹⁰⁵. Eğer zarardan bu indirimler yapılmazsa, destekten yoksun kalanın malvarlığında, desteğin ölümünden önceki haline göre zenginleşme meydana gelir ki, bu da destekten yoksun kalma tazminatın öngörülüş amacına aykırıdır¹⁰⁶. Danıştay, ölenin sigortalı olarak çalışıyor olması nedeniyle çocuklarına 506 sayılı yasaya göre bağlanan aylığı, idarenin tazmin sorumluluğunu doğuran olaydan dolayı ilgililere sağlanan yarar değil de kişinin prim ödemek suretiyle kapsamında bulunduğu sosyal sigorta sisteminin sağladığı bir yardım olarak kabul edilebileceğine ve bu yasaya göre ödenen miktarın tazminattan indirilemeyeceğine karar vermiştir¹⁰⁷. Benzer bir kararında da Danıştay şöyle demiştir; “...ödenen primlerin karşılığı dışında, olan olay nedeniyle sağlanan yarar

¹⁰²SEZER, s.1245; KANBUR, s.50.

¹⁰³EREN, s.753.

¹⁰⁴D.10.D., 15.11.1995, E.1995/2598, K.1995/5629, DBB.

¹⁰⁵ESİN, s.446-447.

¹⁰⁶TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.643; TEKİNAY, s.163; KARAHASAN, s.324-325; SEZER, s.1252; Teoman OZANOĞLU: “İş Davalarında Sağ Kalan Eşin Evlenme Şansının Destekten Yoksunluk Tazminatına Etkisi”, Adalet Dergisi, S. 4,s. 193-205, Ankara, 1971, s.194; Yaşar KARAYALÇIN: “Özel Sigorta Hukuku Açısından Ölüm ve Cismani Zarar Riskleri”, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, 10-11 Aralık 1993, s.121-137, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1994, s.135.

¹⁰⁷D.10.D., 10.2.1998, 5784/594. ATAY/ODABAŞI/GÖKCAN, s.232.

niteliği taşıyan ek ödemelerin hesaplanan maddi zarar tutarından indirilmek suretiyle tazminatın hesaplanması gerekmektedir."¹⁰⁸. Görülüyor ki Danıştay, desteğin ödemiş olduğu primlerin karşılığı olarak destekten yoksun kalanlara yapılan ödemelerin, destekten yoksun kalma tazminatı miktarından indirilemeyeceğini kabul etmektedir.

Destekten yoksun kalma tazminatının miktarı tespit edilirken, ölen kişinin olayın meydana gelişindeki kusurunun da dikkate alınması gerekmektedir¹⁰⁹. Tazminat miktarından kusur oranında indirim yapılması gerekmektedir.

V. DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATININ ŞEKLİ

Destekten yoksun kalma tazminatının aynen tazmini, desteğin ölmüş olması sebebiyle mümkün olmadığından, zararın nakden tazmini söz konusu olacaktır. Nakden tazmin, irat biçiminde olabileceği gibi sermaye biçiminde de olabilir¹¹⁰.

Tazminatın irat yahut sermaye şeklinde ödenmesini, hâkim Borçlar Kanunu'nun 43. maddesi uyarınca hal ve mevkiin icaplarını göz önünde bulundurarak tayin eder¹¹¹. Benzer bir hüküm Temmuz 2012'de yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinde yer almaktadır. Hâkimin bu takdir hakkı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 74. maddesinde hüküm altına alınmış olan, talebe bağlılık kuralının istisnasıdır. Bu nedenle hâkim, destekten yoksun kalma tazminatının sermaye veya irat olarak belirlenmesinde tarafların talepleriyle bağlı değildir¹¹².

A. İRAT ŞEKLİNDE TAZMİNAT

Destekten yoksun kalma tazminatının irat şeklinde ödenmesi, destekten yoksun kalana belirli dönemlerde gelir bağlanmak suretiyle desteğin ölümünden önceki ekonomik durumunun aynen korunmasını sağladığından, destekten yoksun kalma tazminatının amacına ve niteliğine uygundur¹¹³. Ayrıca yardımın devam süresinin hükmün verildiği tarihte kesin olarak hesap

¹⁰⁸D.10.D., 26.4.2002, 3894/1253, ATAY/ODABAŞI/GÖKCAN, s.245-247.

¹⁰⁹D. 10. D. 17.1.2001, 1504/78. ATAY/ODABAŞI/GÖKCAN, s.226-227.

¹¹⁰GÖZLER, s.801.

¹¹¹SEZER, s.1264; KARAHASAN, s.341.

¹¹²UÇAKHAN, s.578; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.581.

¹¹³TEKİNAY, s. 215; SEZER, s.1264; GÜRBÜZ, s.146-147; AKARTEPE, s.92; Ahmet İYİMAYA, "Tazminatın İrat Şeklinde Belirlenmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.3, S.1, s. 23-45, Ankara, 1990, 24; ULUSAN, s.135.

edilmesi mümkün değildir. Bu konuda, tahmin ve varsayımlara dayalı olarak tespit edilen yardımın devam süresine dayanılarak hesaplanacak sermaye şeklindeki tazminatın, destekten yoksun kalana ödenmesi halinde, gerçek zararın çok üstünde veya altında bir tazminatın ödenmesi sonucu da doğabilecektir¹¹⁴.

Hâkim tarafından hükmedilecek irat, desteğin bakım gücü ile destekten yoksun kalanın bakım ihtiyacının devam süreleri ile sınırlı olacak, bu sürelerin birinin sona ermesi ile irat da sona erecektir. Tazminatın irat şeklinde belirlenmesi durumunda idare, desteğin belirli zamanlarda destekten yoksun kalanlara yaptığı veya yaşasaydı ileride yapacağı yardımın değerine eşit miktardaki parayı, aylık, üç aylık veya yıllık gibi hâkimin tayin edeceği belirli dönemlerde destekten yoksun kalana ödeyecektir¹¹⁵.

Tazminatın irat şeklinde ödenmesinde, hak sahibi olan destekten yoksun kalan şahsın hayatta olması şarttır. Eğer, tespit edilen devre dolmadan alacaklı ölürse, tazminat talebinin mirasçılara intikali mümkün değildir. Zira tazminat talebinin mirasçılara intikal ettiğinin kabulü halinde, tazminat hakkı doğumunun temel kriterlerinden olan ihtiyaç kriterini göz önünde bulundurmamış oluruz ki; bu da destekten yoksun kalma tazminatının öngörülüş amacına aykırı düşer¹¹⁶.

B. SERMAYE ŞEKLİNDE TAZMİNAT

Sermaye biçiminde tazminattan maksat, destekten yoksun kalana düzenli olarak bir gelir bağlamak yerine, yapılacak olan yardımın devam süresi göz önünde bulundurularak, ona topluca bir miktar para ödemek suretiyle, davalı ile aralarındaki alacaklılık borçluluk münasebetinin tasfiye edilmesidir¹¹⁷.

Sermaye şeklinde ödenecek tazminat miktarının tespitinde, öncelikle destekten yoksun kalma zararının ve tazminatının kapsamının belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken hususlar dikkate alınarak, geleceğe yönelik periyodik gelirlerin miktarı belirlenmelidir. Müteakiben, desteğin bakım gücünün ve destekten yoksun kalanın bakım ihtiyacının devam süreleri dikkate alınarak, destekten yoksun kalanın, bu geliri ne kadar süreyle alacağı tespit edilmelidir. Ardından gelir taksitleri, destekten yoksun kalana vadesinden önce toptan ödendiği için bir indirimle gidilmesi gerekir. Çünkü yardımın

¹¹⁴ UÇAKHAN, s.577; KARAHASAN, s.341; SEZER, s.1264; AKARTEPE, s.92.

¹¹⁵ SEZER, s.1265; UÇAKHAN, s.578; KARAHASAN, s.341.

¹¹⁶ UÇAKHAN, s.578.

¹¹⁷ GÖZLER, s.801; KUDAT, s.139; KARAHASAN, s.342.

devam süresi içinde destekten yoksun kalanın uğradığı zararın karşılığı olan gelir taksitlerinin hiçbir indirimle gitmeden destekten yoksun kalana ödenmesine karar verilmesi halinde, alacaklı lehine, borçlu aleyhine bir durum yaratılmış olur. Oysaki destekten yoksun kalma tazminatının amacı, destekten yoksun kalanı, desteğin ölümünden önceki ekonomik durumuna getirmektir. İşte bu haksızlığı giderebilecek bir indirim yapılarak, gelir taksitleri toplamının indirim neticesinde elde edilen peşin değeri davalıya ödenmelidir¹¹⁸.

VI. DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI DAVASINDA TARAFLAR, YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

A. TAZMİNAT DAVASININ TARAFLARI

Destekten yoksun kalma tazminatı davası, fiilî veya farazî desteğin ölümü sebebiyle, ölenin desteğinden yoksun kalanlar tarafından açılır. Bu şahıslar destekten yoksun kalma tazminatı davasında asıl anlamda davacı konumdadırlar¹¹⁹. Destekten yoksun kalma tazminatının öngörülüş amacı, desteğin ölümünün mali sonuçlarından destekten yoksun kalanı korumak, desteğin ölmeye önce yaptığı yardımlar neticesinde destekten yoksun kalana sağladığı hayat standardının devamını temin etmek olduğundan, destekten yoksun kalma tazminatını sadece gerçek kişiler talep edebilirler. Destekten yoksun kalan şahıs, ayırt etme gücüne sahipse ve erginse, aynı zamanda kısıtlı değilse, dava ehliyetine sahip olacağından tazminat davasını kendisi açabilecek, dava ehliyetine sahip değilse, kanuni temsilcisi tarafından tazminat davası açılacaktır¹²⁰.

Destekten yoksun kalma tazminatı davasında davalı, kusurlu veya kusursuz sorumluluk ilkelerinden birine göre desteğin ölümünden sorumlu olan idaredir. Zarara yol açan faaliyet hangi kamu tüzel kişinin sorumluluk alanına giriyorsa, o kamu tüzel kişisi bu zarardan sorumlu olacaktır¹²¹. Eğer kusurlu sorumluluk sebebiyle idarenin sorumluluğu gündeme gelmiş ise idare, kusurlu kamu görevlisine rücu edebilecektir.

¹¹⁸KUDAT, s.140.

¹¹⁹TEKİNAY, s.93; AKARTEPE, s. 41.

¹²⁰Baki KURU/ Ramazan ARSLAN/ Ejder YILMAZ, *Medenî Usul Hukuku*, 14. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2002, s.275-280.

¹²¹GÖZLER, s.795.

B. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

İdari yargıda Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve vergi mahkemeleri özel görevli, idare mahkemeleri ise genel görevli mahkemelerdir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde sayılan, iptal davaları, tam yargı davaları ve idari sözleşmelerden kaynaklanan davalar için görevli mahkeme, bu genel ve özel görev kurallarına göre tespit edilecektir. Ancak 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev" başlıklı 3. maddesinde şu düzenleme yapılmıştır: "*Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır...*". Bu maddeye göre, idarenin sorumluluğunun gündeme geldiği tüm durumlarda, kişinin vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesi veya kişinin ölümü sebebiyle gündeme gelecek olan maddi ve manevi tazminat davalarına asliye hukuk mahkemeleri tarafından bakılacaktır. Bu sebeple görevli ve yetkili mahkemeyi belirlerken 1.10.2011 tarihine kadar olan dönemi ve 1.10.2011 tarihinden sonraki dönemi ayrı ayrı incelemek gerekecektir.

1.10.2011 tarihine karar, idari yargıda görevli mahkemeyi belirlemek için konunun bu özel yetkili mahkemelerin görev alanlarına girip girmedikleri tespit edilmelidir. Destekten yoksun kalma tazminatının vergi mahkemesinin görevine girmesi mümkün değildir. Eğer Danıştay'ın ve A.Y.İ.M.'in de görev alanına girmiyorsa, genel olarak idare mahkemeleri görevlidir.

Yetki, bir davaya hangi yerdeki mahkeme tarafından bakılacağı anlamına gelir¹²². 1.10.2011 tarihine kadar yetkili mahkeme de İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre belirlenecektir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 36. maddesinde tam yargı davalarında yetki kuralları düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; "*İdari sözleşmelerden doğanlar dışında kalan tam yargı davalarında yetkili mahkeme, sırasıyla: a) Zararı doğuran idari uyumsuzluğu çözümlenmeye yetkili, b) Zarar, bayındırlık ve ulaştırma gibi bir hizmetten veya idarenin herhangi bir eyleminden doğmuş ise, hizmetin görüldüğü veya eylemin yapıldığı yer, c) Diğer hallerde davacının ikametgâhının bulunduğu yer, idare mahkemesi(dir)*" yetkilidir.

¹²² KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.164.

1.10.2011 tarihinden sonra ise, idare aleyhine açılacak olan destekten yoksun kalma tazminatı davaları için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesine göre görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Yetki kuralları ise bu Kanun'un 5. ve 18. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 6. maddeye göre genel yetkili mahkeme, davanın açıldığı tarihte davacının yerleşim yeri mahkemesidir. 6. maddenin devamı maddelerinde özel yetki kuralları düzenlenmiştir. Eğer destekten yoksun kalma tazminatı için açılacak olan davada yetkili mahkeme bu özel yetki kurallarına göre belirlenemiyorsa, genel yetki kuralı uyarınca, yetkili ve görevli mahkeme davacının ikamet yeri asliye hukuk mahkemesidir.

VII. DAVA AÇMA SÜRESİ

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. ve 13. maddelerinde tam yargı davalarının açılacağı sürenin başlangıcı düzenlenmiştir. 12. maddede bir idari işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava açma süresi içerisinde tam yargı davası açılacağı düzenlenmiştir. 13. maddede ise, idari eylemden dolayı bir zarara uğrayanların, eylemi öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl içerisinde ve herhalde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgililerin idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gerekir. Diğer bir ifade ile bu maddeye göre, zarara uğrayan kişilerin tam yargı davası açabilmeleri için öncelikle idareden bir ön karar almaları gerekmektedir. Tam yargı davası açmadan önce idareye başvurarak bir ön karar alma mecburiyeti aynı zamanda yargısal prosedürün de bir parçası olarak kabul edilmelidir¹²³. Çünkü ön karar almadan idari eylemden dolayı tam yargı davası açma imkânı bulunmamaktadır. İlgililer bu isteklerinin açıkça veya zımnen reddedilmesi halinde ret tarihinden itibaren altmış gün içerisinde dava açabileceklerdir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 1. maddesinde "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıkların çözümü, bu Kanunda gösterilen usullere tabidir.*" hükmü yer almaktadır. 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesi ile ölüm ve vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan tazminat davaları asliye hukuk mahkemelerinde görüleceğinden, biraz önce bahsettiğimiz İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 1. maddesine göre İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümleri uygulanamayacaktır. Bu durumda idari

¹²³Gürsel KAPLAN, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, Turhan Yayınevi, Ankara, 2009, s.366.

eylemden kaynaklanan zararlardan dolayı bir ön karar alma mecburiyeti de bulunmayacaktır. Bu tazminat davaları Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu hükümlerine göre çözümlenecektir. Zarar gören mecburi değil ancak isteğe bağlı olarak idareye başvurabilecektir. Ancak bu başvurunun dava açma süresine herhangi bir etkisi olmayacaktır.

1.10.2011 tarihinden itibaren ölüm veya vücut bütünlüğünün yitilmesinden doğan zararlardan dolayı açılacak olan tazminat davalarında İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenmiş olan süreler de uygulanmayacaktır. Bu davalara ilişkin süre problemi Borçlar Kanunu hükümlerine göre çözümlenecektir. Bu durum Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin gerekçesinde de şöyle ifade edilmiştir; “*Bu davalar; doğaldır ki idare hukuku normlarına değil, özel hukuk normlarına, (Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Borçları Kanunu ve Türk Medeni Kanunu ile diğer özel hukuk kanunları) bağlı olacaktır.*”. Yürürlükte olan Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinde, bir yıllık kısa zamanaşımı süresi, on yıllık uzun zamanaşımı süresi ve ceza zamanaşımı süresi olmak üzere üç türlü zamanaşımı süresi öngörülmüştür.

Bir yıllık kısa zamanaşımı süresi ile on yıllık uzun zamanaşımı süresi arasındaki fark başlangıç noktalarındadır. Kısa zamanaşımı süresinin başlangıcı, destekten yoksun kalan davacının zararı ve faili öğrenme anıdır. Bu andan itibaren bir yıllık süre dolmuşsa, tazminat talebi zamanaşımına uğrar. Destekten yoksun kalan, desteğin ölümünü öğrenmekle zararı öğrenmiş olacaktır¹²⁴. Ölüm olayının idarenin sorumluluğunu gerektiren bir eylem dolayısıyla gerçekleşmiş olduğunun öğrenilmesi ile de fail öğrenilmiş olacaktır. Bununla birlikte zararın kapsamının, vasıf ve mahiyetinin davacı tarafından kesin olarak öğrenilmesini müteakip bir yıllık kısa zamanaşımı süresi işleme-ye başlayacaktır¹²⁵.

On yıllık uzun zamanaşımı süresinin başlangıcı ise desteğin ölümünün meydana geldiği tarihtir. Bu süre tamamlandıktan sonra destek, zararı ve faili öğrense dahi tazminat talebi zamanaşımına uğrar.

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesinde¹²⁶ ise zamanaşımı süreleri düzenlenmiştir. Bu

¹²⁴UÇAKHAN, s.637; GÜRSOY, s.143.

¹²⁵EREN, s.823-825.

¹²⁶“**MADDE 72-** Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde filin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geç-

maddede de üç türlü zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Yürürlükte olan Borçlar Kanunu ile zamanaşımı konusundaki tek farklılık, kısa zamanaşımı süresinin 1 yıldan 2 yıla çıkarılması olmuştur. 1 Temmuz 2012 tarihinden itibaren 2 yıllık kısa zamanaşımı süresi ve 10 yıllık zamanaşımı süreleri uygulanacaktır.

SONUÇ

Destek, başkasının geçimini kısmen veya tamamen, sürekli ve düzenli olarak sağlayan veya ona ileride bakması kuvvetle muhtemel olan kişidir. Bir kimsenin başkalarının desteği sayılabilmesi için, fiili bakım münasebetinin varlığı yeterlidir; akrabalık, mirasçılık, kanuni veya akdi bir bakma mükellefiyeti aranmaz.

Tazminatın talep edilebilmesi için, desteğin ölümünün vuku bulmuş olması şartı, destekten yoksun kalma tazminatını diğer tazminat çeşitlerinden ayıran en temel özelliğidir. Ölen kişinin fiili veya farazi desteklerinden idarenin sorumlu tutulabilmesi için, desteğin ölümünden idarenin sorumlu olması gerekmektedir. Destekten yoksun kalma tazminatı talep hakkının doğumunun önemli bir unsuru da desteğin bakım gücüne sahip olmasıdır. Bakım gücü, desteğin bakım yardımını sağlayabilecek maddi imkânlarla sahip olmasını ifade eder. Destek kavramı, anlamı itibarı ile bakım gücünü de içerir. Destekten yoksun kalma tazminatı talep hakkının doğumunun diğer önemli unsuru, desteğin bakım ihtiyacı içerisinde olmasıdır. Destekten yoksun kaldığı iddiasında olan şahsın, ölen desteğin bakım yardımına muhtaç olması gerekir. Destekten yoksun kaldığını iddia eden şahsın bakım ihtiyacı içerisinde olması sefaletle düşmesini değil, sosyal durumu ile mütenasip bir hayat sürebilme imkânından yoksun kalmasını ifade eder.

mesiyyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır. Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.”

KAYNAKÇA

AKCISAK Besim, İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir, 1989.

AKIN Levent, “Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda İşverenin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay Kararları”, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat Sempozyumu, s. 33-50, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1996.

AKİPEK Jale G. / AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. 1, Yenilenmiş 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.

ARIK Kemal Fikret, Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1964.

ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

ATAY E. Ethem/ ODABAŞI Hasan/ GÖKCAN Hasan Tahsin, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.

BAL Yakup / KARABULUT Mustafa / ŞAHİN Yahya, Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

BİNATLI Yusuf Z., Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1978.

ÇAĞA Tahir, “Ölüme Sebebiyet Halinde Müteveffanın Yardımından Mahrum Kalanlara Verilecek Maddi Tazminatın Tayini Meselesi”, Adalet Dergisi, S. 4, s. 434-458, Ankara, 1950.

DURAN Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.

ERDEM Nazif, Türk Borçlar Kanunu Şerhi Ve Dâvaları, Tipo Matbaacılık, Ankara, 1988.

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.

ESİN Yüksel, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, Ankara, 1976.

GÖKCAN Hasan Tahsin / KAYMAZ Seydi, Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukukî Sorumluluk, Tazminat, Sigorta Rücu Davaları ve Trafik Suçları, Seçkin Yayınevi, 2001, Ankara.

GÖZLER Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınları, Bursa, 2010.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref / TAN Turgut, İdare Hukuku, Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

GÜNDÜZ Hakan, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.

GÜRBÜZ Metin, Beden Tamlığının İhlali ve Ölüm Hallerinde Doğan Maddi Zararın Hesaplanması ve Tazminatın Tayini, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001.

GÜRSOY Kemal Tahir, "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", AÜHFĐ., S. 1-2, s. 143-196, Ankara, 1972.

HATEMİ Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

İYİMAYA Ahmet, "Tazminatın İrat Şeklinde Belirlenmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.3, S.1, s. 23-45, Ankara, 1990.

KANBUR Zafer, Ölüm ve Cismani Zararlarda Tazminat Alacaklıları, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2000.

Gürsel KAPLAN, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, Turhan Yayınevi, Ankara, 2009.

KARAHASAN Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku, Maddi Tazminat, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.

KARAYALÇIN Yaşar, "Özel Sigorta Hukuku Açısından Ölüm ve Cismani Zarar Riskleri", Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, 10-11 Aralık 1993, s. 121-137, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1994

KILIÇOĞLU Mustafa, Tazminat Esasları ve Hesaplama Yöntemleri, Adil Yayınevi, Ankara, 2000.

KILIÇOĞLU M. Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan

Kitabevi, Ankara, 2002.

KÖTELİ Argun, Evliliğin Hukukî Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1991.

KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder, Medenî Usul Hukuku, 14. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2002.

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

OĞUZMAN Kemal/ ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000.

ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, III.Cilt, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ORHUNÖZ Ergun, “Yaralanma ve Ölümelerde Zararın Hesaplanması”, İzmir Barosu Dergisi, S. 3, s. 79-88, İzmir, 1996.

OZANOĞLU Teoman, “İş Davalarında Sağ Kalan Eşin Evlenme Şansının Destekten Yoksunluk Tazminatına Etkisi”, Adalet Dergisi, S. 4,s. 193-205, Ankara, 1971.

PETEK Hasan, “Ölüm Nedeniyle Manevi Tazminat ve Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Hakkında Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, Manisa Barosu Dergisi, Yıl: 2000/1, S. 72, s. 41-54, Manisa, 2000.

REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.

SERATLI Gaye Burcu, İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2003.

SİRMEN Lale, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, AÜHFD. C. 35, S. 1-4, s. 485-496, Ankara, 1978.

SÜZEK Sarper, “Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda İşverenin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu”, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat Sempozyumu, s. 17-32, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1996.

SÜZEK Sarper, İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.

TANDOĞAN Halûk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1961.

TANDOĞAN Halûk, Mukayeseli Hukuk Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara, 1963.

TEKİNAY Selâhattin Sulhi, Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963.

TEKİNAY Selâhattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk /ALTOP Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

UÇAKHAN GÜLEÇ Sema, Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.

ULUSAN İlhan, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Hukukî Sorumluluğu, İstanbul, 1990.

YENİ ANAYASA TARTIŞMALARI BAĞLAMINDA ÇEVRE

*Ahmet M. Güneş, LL.M. (Münster)**

ÖZET

Yeni bir anayasanın hazırlanmasına ilişkin tartışmalar, son dönemlerde Türkiye gündeminin en önemli konularından birini oluşturmaktadır. Çevre, bu tartışmalar bağlamında öne çıkan konulardan biridir. Bu çalışmada, Fransa Çevre Şartı ve Avrupa Birliği kurucu antlaşmaları gibi anayasal metinlerde yer alan düzenlemelerden hareketle, yeni bir anayasada çevrenin nasıl düzenleneceği sorusu cevaplandırılmaya çalışılacaktır.

***Anahtar Kelimeler:** Çevrenin korunması, Anayasa ve çevre, Çevre hakkı, Fransa Çevre Şartı, AB birincil çevre hukuku*

ENVIRONMENTAL CONTEXT OF NEW CONSTITUTIONAL DISCUSSIONS

ABSTRACT

Discussions on the preparations of a new constitution is one of the most important issues on Turkey's agenda in recent years, with environment being important and outstanding issue. This paper will examine how the question of the issue environment might be arranged in the new constitution on the basis of regulations contained in constitutional texts such as the France's Charter for the Environment and the founding treaties of European Union.

***Key Words:** Environmental protection, Constitution and environment, Right to environment, France's Charter for the Environment, Primary environmental law of EU*

1. Giriş

Yeni bir anayasaya ilişkin tartışmalar, Türkiye siyasetinin son dönemlerdeki en önemli gündem maddelerinden birini oluşturmaktadır. 12 Haziran 2011 tarihinde yapılacak olan milletvekili genel seçimlerinden çıkacak sonuç ne olursa olsun, seçime katılan partilerin seçim kampanyalarının önemli bir başlığını oluşturması nedeniyle yeni bir anayasa yapımına ilişkin sürecin

* Öğr. Gör. Dr. , İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, E-posta: guneslaw@hotmail.com

yeni yasama dönemi ile başlayacağı yüksek bir ihtimaldir. Yeni bir anayasanın yapımı sürecine ilişkin olarak dile getirilen temennilerin başında ise, sivil, demokratik, özgürlükçü ve sosyal nitelikte bir anayasanın toplumun farklı kesimlerinin katılımı ile gerçekleştirilecek bir konsensüs çerçevesinde hazırlanmasıdır. Yeni bir anayasaya ilişkin tartışmaların iyice yoğunlaştığı bugünlerde, farklı siyasi partiler ve kuruluşların hazırlamış olduğu anayasa taslaklarını ve yeni bir anayasaya ilişkin görüş ve taleplerini kamuoyuyla paylaşmasının, yeni bir anayasanın hazırlanması sürecindeki tartışmalara önemli bir katkı sunduğu açıktır. Anayasa tartışmaları bağlamında öne çıkan konulardan biri de, çevrenin yeni anayasada nasıl düzenleneceğidir.¹ Gün geçtikçe artan ve etki alanını genişleten çevresel sorun ve felaketlerin bir sonucu olarak çevre, tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de önemli bir gündem maddesi haline gelmiştir. Bu durum, çevrenin yeni anayasa tartışmalarının önemli bir başlığı olmasını sağlamıştır. Bu çalışmamızda, ülkemiz için hazırlanabilecek yeni bir anayasada çevrenin nasıl düzenlenebileceği sorusuna yanıt aranacaktır.

2. Çevrenin Anayasal Düzeyde Ele Alınması

Çevre sorunları, tüm dünyada etkisini hissettiren endüstriyel gelişme, kentleşme ve hızlı nüfus artışı gibi nedenlerden kaynaklanan çevresel felaketlere bağlı olarak, özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren insanlık için önemli bir gündem maddesi haline gelmiştir. Çevresel bozulmanın sebepleri ve bu bozulmanın önlenmesi için gerekli tedbirler, bu bağlamda yoğun tartışmalara konu olmuştur. Bu gelişmelerin bir sonucu olarak, çevrenin korunmasına ilişkin hükümler gerek ulusal gerekse de uluslararası hukuki metinlerde yerini almaya başlamıştır. Özellikle 1972 yılında Stockholm'de gerçekleştirilen Birleşmiş Milletler İnsan Çevresi Konferansı'ndan itibaren, dünyanın birçok ülkesinde genel nitelikli çevre kanunlarının yanında, dönemin öncelikli çevre sorunlarına ilişkin özel kanunlara da yer verildiği gözlemlenmektedir. Bu gelişmelerin diğer bir neticesi olarak, bilhassa altmışlı yılların sonundan itibaren çevre konusu birçok ülkenin anayasasında da ifadesini bulmuş, böylelikle çevrenin anayasal düzeyde korunmasının yolu açılmıştır.

¹ Bu bağlamda yürütülen tartışmalar bakımından, Ekolojik Anayasa Girişimi tarafından 19 Şubat 2011 ve 15 Mayıs 2011 tarihlerinde İstanbul'da gerçekleştirilen etkinliklerin önem arz ettiğini ifade etmek gerekir. Bilhassa 15 Mayıs 2011 tarihinde gerçekleştirilen Ekolojik Anayasa Konferansı'nın sonuç bildirgesinde yer alan hususların önemli bir kısmının yeni anayasanın hazırlanması sürecinde dikkate alınması gerektiği kanısındayım. Sözü edilen sonuç bildirgesine şu linkten erişmek mümkündür: <http://ekolojikanayasa.org/2011/05/29/ekolojik-anayasa-konferansi-sonuc-bildirgesi-yeni-anayasada-ekolojik-hak-anlayisi/>

Çevrenin korunmasına ilişkin hükümlere anayasal metinlerde yer verilmesi birçok açıdan önem taşımaktadır.² Öncelikle belirtmek gerekir ki, anayasalar normlar hiyerarşisinde önde gelen ve herkesi bağlayan temel hukuki belgeler niteliğindedir. Bu bakımdan anayasal düzenlemelerin etki alanı ve öngördüğü hukuki güvence, yasama organı tarafından yapılan diğer düzenlemelere kıyasla daha ileridir. Çevrenin korunmasına ilişkin bir düzenlemenin anayasada yer alması, öncelikle çevresel varlıkların anayasal bağlamda korunan değerler olduğunun bir göstergesi olacaktır. Bu durumda çevresel değerler, anayasada düzenlenmiş diğer değerlerle aynı düzeyde ele alınma imkanına sahip olacaktır. Böylece bu tür bir düzenleme, çevresel varlıkların korunmasının söz konusu olduğu hallerde anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasını mümkün kılacaktır. Çevrenin anayasal düzeyde korunan bir değer olarak düzenlenmiş olması bunun haricinde, yasama, yürütme ve yargı organlarının devlet fonksiyonlarını yerine getirirken, çevresel varlıkların korunmasına ilişkin hususları gözetmeleri gereğini doğuracaktır. Bu durum, iki bakımdan önem arz etmektedir: Birincisi, yasama organı çevrenin korunması için gerekli düzenlemeleri yapma konusunda anayasal bir yükümlülük altına girecektir. İkinci olarak, gerek hukuki boşlukların gerekse de normların yorumlanmasının söz konusu olduğu hallerde anayasal düzenleme gerek yargı mercileri gerekse de idari birimler için, kararlarını verirken bir rehber ilke işlevi görecektir. Çevrenin korunmasına ilişkin hükümlerin anayasalara konulmasının son olarak didaktik bir işlevi bulunmaktadır. Zira anayasaların ilgili devletler tarafından temel olarak tanınan değerleri ifade ettiği düşünüldüğünde, çevreye ilişkin anayasal bir hükmün öğretici niteliğinin de bulunduğu anlaşılacaktır.³

Anayasalarında çevrenin korunmasına ilişkin hükümlere yer veren ülkelerdeki mevcut düzenlemelerin ise, çeşitli farklılıklar gösterdiğini belirtmek gerekir.⁴ Bununla birlikte, anayasal metinlerdeki bu düzenlemeleri başlı-

² Bu konuda ayrıca bkz. *Turgut*, Çevre Politikası ve Hukuku, Ankara 2009, s. 74 vd.; *Güneş*, AÜHFD 2009, S. 4. s. 779 vd.; *Caspar*, Europäisches und nationales Umweltverfassungsrecht, in: Koch, Hans-Joachim (Hrsg.): Umweltrecht, 3. Auflage, München 2010, N. 94 vd.; *Heselhaus*, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Umweltschutzes, in: Hansmann, Klaus/Sellner, Dieter (Hrsg.): Grundzüge des Umweltrechts, 3. Auflage, Berlin 2007, N. 44 vd.; *Thym*, NuR 2000, s. 557 vd.; *Orth*, NuR 2007, s. 229 vd.

³ *Kaboğlu*, Çevre Hakkı, 3. Baskı, Ankara 1996, s. 31.

⁴ Farklı devletlerin anayasalarının İngilizce, Almanca veya diğer dillerdeki metinlerine şu iki internet adresinden erişmek mümkündür: <http://confinder.richmond.edu/> , <http://www.verfassungsen.de/>

ca üç kategori altında toplamak mümkündür. İlk kategoriyi, anayasalarında açık bir şekilde çevre hakkına yer veren anayasalar oluşturmaktadır. Bu tür anayasaların genellikle herkesin çevre hakkına sahip olduğu şeklindeki ibareleri içerdiği görülür. İspanya, Slovakya, Portekiz, Bulgaristan ve Macaristan anayasaları bu tür anayasalara örnek olarak gösterilebilir.⁵ Örneğin, İspanya Anayasası'nın 45. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin kişiliğinin gelişmesine uygun bir çevrede yaşama hakkı ve aynı zamanda çevreyi koruma ödevinin olduğundan söz edilmiştir. Bunun haricinde Norveç Anayasası'nın 110b maddesinde, tüm insanların, verimliliğinin ve çeşitliliğinin korunduğu sağlıklı ve doğal ortamı sağlayan bir çevre hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Slovakya Anayasası'nın 44. maddesinde ise, herkesin elverişli bir çevre hakkının var olduğuna ve herkesin çevre ve kültürel mirası korumak ve geliştirmekle yükümlü olduğuna değinilmiştir.

Anayasal düzenleme biçimleri bakımından ikinci bir tercih, çevre hakkının varlığını ilk kategorideki gibi açık bir şekilde belirtmemekle birlikte, onu anayasada yer alan diğer klasik haklarla (sağlık hakkı, mülkiyet hakkı, kişiliğinin korunması, yaşama hakkı vs.) bağlantı kurarak ifade etmedir. 1982 Anayasasındaki düzenleme de bu kapsamda değerlendirilebilir. Zira 1982 Anayasasının çevrenin korunması ile ilgili düzenlemeleri, 56. maddede ve “*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*” bölümünde, “*Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması*” başlığı ile yer almaktadır. 1982 Anayasasının 56. maddesindeki düzenleme şu şekildedir: “*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir.*” Dikkat çekilmesi gerekli bir husus, 1982 Anayasasının söz konusu hükmünde çevre hakkına doğrudan doğruya ve açıkça değinilmemiş olduğudur. Zira ilgili maddede çevre için bir haktan veya çevre hakkından söz edilmemekte, asıl olarak yaşam hakkı vurgulanmaktadır.⁶

Çevre konusunun anayasalardaki düzenleme tarzı bakımından sonuncu kategori ise, çevre hakkından doğrudan veya dolaylı bir biçimde bahsedilmeksizin, çevrenin korunmasının devletin bir ödevi olduğunu ifade eden

⁵ Bu hususta bkz. *Orth*, NuR 2007, s. 229 vd.; *Turgut*, Çevre Hukuku, 2. Bası, Ankara 2001, s. 137 vd.; *Kaboğlu*, Çevre Hakkı, s. 38 vd.

⁶ Bununla birlikte, 56. maddenin bu haliyle de yargı kararları çerçevesinde çevrenin korunması konusunda çok önemli bir norm haline geldiğini belirtmek gerekir. Bu konuda ayrıca bkz. *Turgut*, Çevre Hukuku, s. 139 vd.

ve devlet organlarına yol gösterecek olan genel bir norma veya rehber ya da temel ilkeye anayasada yer verilmesidir. Çeşitli ülkelerdeki anayasal düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, bu seçeneğin ilk ve ikinci kategorilere göre en yaygın biçimi oluşturduğu görülür. Almanya, Yunanistan, Çin, İtalya, Hollanda ve İsveç anayasalarındaki düzenlemelerde bu tarzın benimsendiği dikkati çekmektedir. Örneğin, Yunanistan Anayasası'nın 24. maddesinin 1. fıkrasında, devletin doğal ve kültürel çevreyi korumakla ve çevrenin korunması için özel caydırıcı ve önleyici tedbirler almakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Çin Anayasası'nın 26. maddesi de aynı şekilde, devleti yaşam koşullarını ve ekolojik çevreyi korumak ve geliştirmekle mükellef kılmıştır. Alman Anayasası'nın 20a maddesinde ise, gelecek kuşaklara karşı da sorumlu olan devletin doğal yaşam kaynaklarını ve hayvanları anayasal düzenin çerçevesinde yasamayla, yasalara ve hukuka uygun olarak yürütme ve yargı organlarıyla koruyacağından bahsedilmektedir.

3. Çevre Hakkı

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, çevrenin anayasal metinlerde düzenlenmesi bağlamında belirttiğimiz üçlü tasnif çevre hakkı esas alınarak oluşturulmuştur. Bu nedenle bu tasnifte belirleyici bir rol üstlenen çevre hakkına kısaca değinmek faydalı görünmektedir. İnsan hakları teorisinde genel olarak üçüncü kuşak haklar kategorisinde değerlendirilen çevre hakkı,⁷ yeni bir insan hakkı olarak özellikle yetmişli yılların başından itibaren uluslararası belge ve ulusal anayasalara girmiş ve çevresel bozulmaya karşı en etkili ve önemli hukuki araçlarından biri olarak görülmüştür.⁸ Birleşmiş Milletler'in 1972 yılında Stockholm'de gerçekleştirdiği İnsan Çevresi Konferansı, çevre hakkının bir insan hakkı olarak ulusal ve uluslararası metinlere girmesinde bir dönüm noktası olmuştur. Bu konferans sonunda kabul edilen bildirinin ilk maddesinde, "*İnsan, onurlu ve iyi bir yaşam sürmeye olanak veren nitelikli bir çevrede, özgürlük, eşitlik ve yeterli yaşam koşulları temel hakkına sahiptir*" ilkesi yer almıştır. Böylelikle uluslararası bir hukuki metinde ilk kez sağlıklı bir çevrede yaşama hakkından bahsedilerek, çevre hakkı kabul edilmiştir. Stockholm Konferansı'ndan itibaren çevre hakkı, insan hak-

⁷ Çevre hakkı, gelişme hakkı, barış hakkı ve insanlığın ortak mirasından faydalanma hakkı, üçüncü kuşak haklara örnek teşkil etmektedir. Üçüncü kuşak hakların başlıca özelliği, bu haklardan kaynaklanan problemlerin tüm insanlığın dayanışma içinde çözebileceği, tek tek insanların ya da ülkelerin üstesinden gelemeyeceği sorunlar olmasıdır.

⁸ Bu konuda daha ayrıntılı olarak bkz. *Turgut, Çevre Hukuku*, s. 154 vd.; *Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 1996, s. 137 vd.; *Kaboğlu, Çevre Hakkı*, s. 9 vd.

ları alanında ayrı bir hak olarak tanımlanmaya başlanmış ve gerek uluslararası anlaşma ve belgelerde gerekse de ulusal alanda anayasal ve değişik yasal düzenlemelerde yerini almıştır.

Çevre hakkı, en genel anlamıyla çevrenin korunmasını ve geliştirilmesini amaç edinmektedir. Çevre hakkı ayrıca, bugün olduğu gibi gelecekte de yaşanılır bir çevreye sahip olabilmek arzusunun gerçekleştirilmesini amaçlayan ve çevrenin herkesin ortak varlığı olduğu düşüncesine dayalı eşitlik ilkesi temelinde yükselen bir haktır. Bu hakla ulaşılmak istenen, doğayı sömürü değil, uyum temelinde bugünkü ve gelecek kuşaklar için yaşamaya elverişli kılarak herkesin ondan eşit yararlanmasını hedefidir. Çevre hakkının bir insan hakkı olarak, insanın var olma ve yaşamını sürdürme hakkının ve dolayısıyla diğer haklarının kullanılabilmesinin önkoşulu olduğunu ileri süren kesimler,⁹ çevre hakkı ve diğer haklar arasında ortaya çıkabilecek çatışmaların çevre hakkı lehine dengelenmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Klasik insan haklarının bulunduğu imkanlar ile önlenemeyen çevreye yönelik ihlallerin aşılmasında çevre hakkı bu bakımdan çevrenin korunmasında ayrıcalıklı bir yer işgal etmektedir.

Hukukun çevresel bozulmaları önlemede önemli bir araç olduğu düşünüldüğünde, çevre hakkının anayasal metinlerde yer almasının çevresel bozulmayı önlemek için yapılacak girişimler bakımından çok önemli bir dayanak oluşturacağı açıktır. Bununla birlikte çevre hakkının pratiğe aktarılmasının önünde ciddi bazı güçlüklerin bulunduğunu da ifade etmek gerekir.¹⁰ Bu zorlukların başında, üçüncü kuşak haklar kategorisinde yer alan çevre hakkının geleneksel haklardan birçok açıdan farklılıklar göstermesi gelmektedir. Bu farklılıklardan ilki, geleneksel haklarda hak süjeleri ve ödev süjeleri birbirinden ayrılabilirken, çevre hakkında hak ve ödevin birliktelik göstermesidir. Bir başka deyişle, çevre hakkı bireye çevrenin korunması konusunda hem bir hak hem de bir ödev yüklemektedir. Diğer bir farklılık ise, devlet ve birey arasındaki ilişkilerde kendini göstermektedir. Geleneksel haklarda genel olarak birey ve devletin karşı karşıya gelmesi söz konusu iken, çevre hakkının hayata geçirilmesi birey ve devletin bir işbirliğini gerekli kılmaktadır. Diğer bir husus, temel haklar teorisinin geleneksel olarak insanı ve insan menfaatini merkez alması nedeniyle bir insan hakkı olarak öngörülecek çevre hakkının insan merkezli (*antroposentrik*) bir çevre koruma anlayışını doğuracağı, bu

⁹ Karş. *Turgut*, Çevre Hukuku, s. 149.

¹⁰ Bu konuda daha ayrıntılı olarak bkz. *Turgut*, Çevre Hukuku, s. 156 vd.; *Güneş*, AÜHFD 2009, S. 4. s. 811 vd.

tür bir yaklaşımın ise çevrenin korunması konusunda esasında yetersiz kalacağıdır. Çevre hakkını içerecek bir anayasal hükmün hedeflediği çevresel kalitenin esas olarak genel ve soyut düzenlemelerden müteşekkil anayasal metinlerde nasıl belirleneceği, bu bağlamda ortaya çıkan diğer bir sorundur.

Öte yandan farklı ülkelerdeki somut örnekler, çevre hakkının anayasalarda soyut olarak düzenlenmesinin çevrenin etkin olarak korunması bakımından tek başına yeterli olmadığını, çevre hakkının çevresel bilgilere erişim, çevresel karar alım süreçlerine katılım ve çevresel konularda yargısal başvuruya ilişkin bir takım çevresel haklarla takviye edilerek somutlaştırılması gerektiğini göstermektedir.¹¹ Örneğin, anayasalarında çevre hakkına ilişkin bir hükme yer vermemekle birlikte bilgiye erişim, karar süreçlerine katılım ve yargısal başvuru konusunda ileri nitelikteki düzenlemelere yer veren Belçika ve Danimarka gibi ülkelerde çevrenin anayasalarında çevre hakkına yer veren İspanya veya Portekiz'den çok daha etkili bir biçimde korunduğu gözlemlenmektedir.¹² Sonuç olarak, anayasada çevre hakkına ilişkin bir düzenlemenin varlığının önem arz ettiğini, ancak bu tür bir hakkın mevcudiyetinin tek başına yeterli olmadığını, bu hakkın diğer bazı çevresel haklarla desteklenmesi ve somutlaştırılmasının gerektiğini ifade etmek gerekir. Buna ilave olarak, anayasal metinlerde çevre hakkına açıkça yer verilmiş olmasının da çevrenin anayasal düzlemde ele alınması bağlamında tartışmasız en iyi seçenek olmadığına dikkat çekmek gerekir. Nitekim ampirik örnekler de, çevre hakkına yer vermeyen anayasal düzenlemelerin bu tür bir hakkı doğrudan öngören anayasalara kıyasla daha üstün bir koruma getirebileceğini göstermektedir.

4. Çevre Hukukunun Temel İlkeleri

4.1. Genel Olarak

Çalışmamızın önceki kısımlarında belirtildiği üzere, çevre sorunlarının bilhassa 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren insanlık için önemli bir gündem maddesi haline gelmesi ile birlikte çevrenin korunmasını amaçlayan düzenlemelere gerek ulusal gerekse uluslararası hukuki metinlerde yer verilmiştir. Yetmişli yılların başından itibaren ise, çevrenin korunmasına yönelik düzenlemelerin sayısı hızlı bir şekilde artmıştır. Bu bağlamda, bir bütün olarak çevreyi veya farklı çevresel unsurları konu edinen birçok ulusal, ulusüstü ve

¹¹ Bkz. *Turgut*, Çevre Politikası ve Hukuku, s. 90 vd.

¹² *Turgut*, Çevre Hukuku, s. 169.

uluslararası düzenleme kabul edilmiştir. Bu gelişmeler sonucunda, önceleri özel hukuk ve ceza hukukunun sunduğu olanaklardan da faydalanmakla birlikte esasen idare hukukunun bir alt dalı olarak görülen çevre hukuku, kendine has kurum, yaklaşım ve ilkeleri ortaya koyarak bağımsız bir hukuk alanı haline gelmiştir.¹³ Kendine özgü bu kurum, yaklaşım ve ilkeleri bilhassa ekoloji biliminin verileri ışığında yapılandırması nedeniyle ekolojik hukuk olarak da adlandırılan çevre hukuku, yeni bir hukuk alanı olmakla birlikte, çevrenin korunması ve ekonomik gelişme talepleri arasında var olan çelişkilerden dolayı her geçen gün önemi artan bir hukuk dalı olarak karşımıza çıkmaktadır. Çevre hukukunun temel ilkeleri ise, çevre hukukuna temel oluşturan, bu hukuk dalının bağımsız bir alan olarak gelişmesinde ve kendine özgü bir karakter kazanmasında belirleyici olan ilkelere dir. Sürdürülebilir kalkınma ilkesi, ihtiyat ilkesi, kirleten öder ilkesi, önleme ilkesi, katılım ilkesi ve entegrasyon ilkesi, bu bağlamda karşımıza çıkan başlıca ilkelere dir.

Çevre hukukunun temel ilkelerinden ilki olarak, sürdürülebilir kalkınma ilkesine değinmek gerekir.¹⁴ Çevre ile barışık bir kalkınma modelini öngören sürdürülebilir kalkınma, geleneksel kalkınma yöntemlerinin çevre üzerinde yarattığı tahribata bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Sürdürülebilir kalkınma kavramına, ilk defa Birleşmiş Milletler Dünya Doğa Şartı'nda (1982) yer verilmiş, Birleşmiş Milletler'in Ortak Geleceğimiz (1987) adlı raporunda ise bu ilke ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Ortak Geleceğimiz başlıklı raporda, çevre sorunlarının insan refahını ve dünyadaki yaşamı tehdit ettiği, bu bakımdan sürekli ve dengeli bir kalkınmaya ihtiyaç duyulduğu, ancak bu kalkınma politikasında bugünün ihtiyaçları karşılanırken gelecek nesillerin ihtiyaçlarından taviz verilmemesi gerektiği vurgulanmıştır. Bunun için ise, sürdürülebilir kalkınmaya dayanan bir adalet anlayışının gerekli olduğuna dikkat çekilmiştir. Ekonomik büyüme ile doğal kaynakların korunması arasında bir denge kurulmasını öngören sürdürülebilir kalkınma ilkesi, şimdiki kuşakların ihtiyaçlarının gelecek kuşakların kendi gereksinim ve beklentilerini karşılayabilme yeteneğini tehlikeye düşürmeden karşılanması düşüncesine dayanmaktadır. Sürdürülebilir kalkınma ilkesi bu bağlamda, ekosistemlerin taşıma kapasitesini dikkate alan bir ekonomik büyüme modelini hedeflemektedir. Sürdürü-

¹³ Çevre hukukunun tarihsel gelişimi için bkz. *Kloepfer*, *Umweltrecht*, 3. Auflage, München 2004, s. 65 vd.

¹⁴ Bu konuda ayrıca bkz. *Turgut*, *Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 93 vd.; *Turgut*, *Çevre Hukuku*, s. 171 vd.; *Güneş/Aydın-Coşkun*, *Çevre Hukuku*, İstanbul 2004, s. 79 vd.; *Frenz*, *Europäisches Umweltrecht*, München 1997, N. 41.

lebilir kalkınma ilkesi dolayısıyla, ekonomik, ekolojik ve sosyal gelişmenin ayrılmaz bir şekilde bir bütün oluşturduğundan hareket etmektedir.

Çevre hukukunun dayandığı diğer bir ilke, kirlenen öder ilkesidir.¹⁵ Kirlenen öder ilkesi genel olarak, çevresel zararlara neden olan kişilere sebep oldukları zararlarla mücadelenin bedelinin ödettirilmesini amaçlamaktadır. Kirlenen öder ilkesi bu bağlamda, çevresel kirlenmeden kimin sorumlu tutulacağını ve bu sorumluluğun nasıl gerçekleştirileceğini açıklamaya çalışmaktadır.

Kirlenen öder ilkesi, ilk defa 1972 yılında OECD tarafından kabul edilmiş ve çevre kirliliğinin önlenmesinin yollarından biri olarak ileri sürülmüştür. Kirlenen öder ilkesi başka bir deyişle, piyasa ekonomisinin ilkelerinin çevresel zararlara neden olan faaliyetlere uygulanarak, çevresel kirliliğin mali bedelinin karşılanmasına yönelik bir araçtır. Kirlenen öder ilkesi, kirlenene sebep oldukları kirlilikle mücadelenin bedelinin ödettirilmesinin yanı sıra, çevresel zararlara neden olan kişileri bu zararları azaltmaya ve daha az zararlara neden olacak yöntemler bulmaya da teşvik etmektedir.

İhtiyat ilkesi, konumuz bağlamında zikredilmesi gereken diğer bir ilkedir.¹⁶ Yetmişli yıllarda ilk defa Almanya'da uygulamaya aktarılmış olan ihtiyat ilkesi, bir faaliyetin çevre açısından olumsuz neticeler doğuracağı hususunda ciddi bir şüphenin var olması halinde bilimsel bir kanıtın ortaya çıkışı beklenmeden önleyici tedbirlerin alınmasını öngörmektedir. İhtiyat ilkesinin ortaya çıkmasındaki en önemli etken bilimsel belirsizliktir. Elde kesin bir delil bulunmadığından dolayı çevreye zararlı olduğu ispatlanana kadar bir faaliyetin zararsız olduğunu kabul etmek, çevrenin korunması hususunda alınması gereken tedbirler bakımından ciddi bir engel teşkil edecektir. Zira bir faaliyetin veya maddenin çevreye zararlı olduğunun ispatlanmasından sonra tedbir alınması, bu konuda geç kalınmış olması sonucunu doğurabilecektir. İhtiyat ilkesi, bilimsel belirsizliğin ihtiyat ile risk arasında bir tercih yapılmasını gerektirdiği hallerde devreye girmekte, bilimsel belirsizliğin getirdiği riskin yüksek olduğu ve zarar tehdidinin giderilmez olduğu durumlarda, çevresel değerlere

¹⁵ Bu konuda ayrıca bkz. *Turgut, Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 117 vd.; *Turgut, Çevre Hukuku*, s. 213 vd.; *Güneş/Aydın-Coşkun*, s. 93 vd. *Storm, Umweltrecht*, 9. Auflage, Berlin 2010, s. 24 vd.; *Hoppe/Beckmann/Kauch*, *Umweltrecht*, 2. Auflage, München 2000, s. 44 vd.; *Schwartzmann, Umweltrecht*, Heidelberg 2006, s. 16.

¹⁶ Bu konuda ayrıca bkz. *Turgut, Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 179 vd.; *Turgut, Çevre Hukuku*, s. 341 vd.; *Güneş/Aydın-Coşkun*, s. 97 vd.; *Kröger/Klauß*, *Umweltrecht*, Berlin 2001, s. 10 vd.; *Ruch*, *Umweltrecht*, Zürich 2006, s. 55; *Schmidt/Kahl*, *Umweltrecht*, 7. Auflage, München 2006, s. 9; *Meßerschmidt*, *Europäisches Umweltrecht*, München 2011, s. 286 vd.

öncelik tanınarak çevresel riski oluşturan faaliyetlere söz konusu zarar ortaya çıkmadan önce engel olunmasını amaçlamaktadır. İhtiyat ilkesi bu bağlamda, bilimsel belirsizlik olgusunun çevreyi korumak için girişimlerde bulunmamanın bir gerekçesi olarak kullanılmasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır.

Önleme ilkesi, çevre hukukuna temel oluşturan diğer bir ilkedir.¹⁷ Korumak tedavi etmekten daha iyidir şeklinde özetlenebilecek düşünceye dayanan bu ilke, çevre üzerinde olumsuz sonuçlar doğurabilecek faaliyetlerin olabilecek en erken aşamada engellenmesini amaçlamaktadır. Koruyucu hekim mantığına dayanan bu ilke uyarınca ilgili makamlar, henüz çevresel sorunlar ortaya çıkmadan harekete geçerek çevresel tehditleri bertaraf etmelidir. Önleme ilkesi bu bağlamda, mevcut çevresel sorunların giderilmesi ile değil, aksine bu sorunlar henüz ortaya çıkmadan evvel öncelikle engellenmesi ile ilgilidir. Bunun haricinde, önleme ilkesinin çevre sorunlarının ortaya çıkmasından önce alınacak tedbirlerin bu sorunların ortaya çıkmasından sonra başvurulacak tedbirlerden daha akılcı ve ekonomiktir anlayışı üzerine kurulu olduğunu ifade etmek gerekir. Önleme ilkesi, bir bakıma ihtiyat ilkesinin çekirdeğini oluşturmaktadır. Ancak, önleme ilkesinin etkisinin ihtiyat ilkesine göre daha düşük olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Zira önleme ilkesi, mevcut bir çevresel tehlikenin söz konusu olması halinde uygulama alanı bulurken, ihtiyat ilkesinde çevresel bir tehlikeden öte potansiyel bir zarar riskinin öngörülebilmesi yeterlidir.

Çevre hukukunun dayandığı diğer bir ilke olan katılım ilkesi ise, bireylerin çevresel yönetim sürecinde rol oynamaları, etkide bulunmaları ve böylece kendi yaşamlarını şekillendirecek bu süreci yönlendirmelerini öngörmektedir.¹⁸ Katılım, çevresel kararların demokratik meşruiyetini ve etkililiğini artırmanın yanı sıra, halka idari kararların alınması ve yürütülmesi sürecinde denetleme olanağı sunmakta, devlet idaresinde şeffaflığı artırmakta, ayrıca ilgili idari birime kararlarına temel oluşturacak sağlam bilgilere erişme olanağı yaratmakta ve idari kararların yerel koşulların da göz önünde bulundurulması alınmasını sağlamaktadır. Katılım, halkın karar alım sürecine katılımı, planlama sürecine katılımı, yürütme ve uygulama sürecine katılımı, izleme sürecine katılımı, kontrol ve denetleme sürecine katılımı şeklinde ger-

¹⁷ Bu konuda ayrıca bkz. *Turgut*, Çevre Hukuku, s. 203 vd.; *Güneş/Aydın-Coşkun*, s. 99 vd.; *Jans/von der Heide*, Groningen 2003, s. 38 vd.

¹⁸ Bu konuda ayrıca bkz. *Turgut*, Çevre Politikası ve Hukuku, s. 149 vd.; *Turgut*, Çevre Hukuku, s. 269 vd.; *Güneş/Aydın-Coşkun*, s. 101 vd.

çekleşebilir. Halkın katılımının hayata geçirilmesi ise, kişilere çevresel bilgiye erişim olanağının tanınması ile mümkündür. Çevresel bilgilere erişim hakkı, bu bağlamda katılım hakkının ön koşuludur.

Bütünleyicilik ilkesi olarak da adlandırılan entegrasyon ilkesi ise, iki başlık altında ele alınabilir.¹⁹ Dış entegrasyon çevre koruma gereklerinin diğer politika alanlarının şekillenmesi ve yürütülmesinde dikkate alınmasını öngörmekte iken, iç entegrasyon bir madde veya bir faaliyetin yalnızca belli bir çevresel öge üzerinde değil bir bütün olarak çevre bağlamında doğuracağı etkilerin göz önünde tutulmasını gerekli kılmaktadır. Dış entegrasyon bu bağlamda, diğer politikaların saptanmasında ve sektörel faaliyetlerin yürütülmesinde çevrenin korunmasının da dikkate alınmasını ve bu politika ve faaliyetlerde (tarım, ticaret, ulaştırma v.s.) çevre politikası ile ilgili uyumlulaştırma ve değişikliklerin yapılmasını öngörmektedir. İç entegrasyon ise, sadece belli çevresel öğelerin diğer öğelerden yalıtık bir şekilde korunmasını öngören sektörel yaklaşımın terk edilerek, çevrenin bütüncül bir şekilde korunmasını benimseyen entegre bir yaklaşımın hayata geçirilmesini gerektirmektedir.

Her ne kadar yukarıda yalnızca beş ilke zikredilmişse de, çevre hukukunun temel ilkelerinin sadece bu ilkelere ibaret olmadığını belirtmek gerekir. Bu ilkeler haricinde, özellikle işbirliği ilkesi ve kaynakta önleme ilkesinden sıkça söz edildiği görülür.²⁰ İşbirliği ilkesi genel olarak, çevrenin korunmasının yalnızca devletçe yerine getirilmesi gereken bir ödev olmadığını, aksine çevre sorunlarının çözümlenmesinde kamusal birimler ve toplumun ortaklaşa hareket etmesini öngörmektedir. İşbirliği ilkesi bu bağlamda, devlet, yerel yönetimler, sivil toplum örgütleri ve diğer bütün özel işletme ve kişileri çevrenin korunmasına katkıda bulunmak ve bu konuda ortaklaşa hareket etmekle yükümlü kılmaktadır. Kaynakta önleme ilkesi ise, çevresel zararlarla ortaya çıkışlarından mümkün mertebe hemen sonra ve öncelikle ortaya çıktıkları yerde mücadele edilmesini öngörmektedir. Başka bir deyişle bu ilke, çevresel zararların ortaya çıkışlarının hemen sonrasında ve öncelikle oluştuğu yerde, yani kaynağında önlenmesini, buna rağmen oluşan çevresel zararların ise mümkün olduğunca kaynağına yakın bir yerde bertaraf edilmesini hedeflemektedir.

¹⁹ Bu konuda ayrıca bkz. *Turgut, Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 114 vd.; *Turgut, Çevre Hukuku*, s. 08 vd.; *Güneş/Aydın-Coşkun*, s. 100 vd.; *Jans/von der Heide*, s. 18 vd.; *Epiney, Umweltrecht in der Europäischen Union*, 2. Auflage, Köln 2005, s. 108 vd.; **Schmidt/Kahl, s. 13.**

²⁰ Bkz. *Turgut, Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 112 vd.; *Epiney*, s. 105; *Kröger/Klauß*, s. 14 vd.; **Schmidt/Kahl, s. 12; Meßerschmidt, s. 312 vd.; Schwartmann**, s. 15 vd.

Çevre hukukunun temel ilkelerinin içeriği genel olarak ortaya konduktan sonra, bu ilkelerin nitelik ve işlevlerine değinmekte fayda vardır.²¹ Çevre hukukunun temel ilkeleri bağlamında vurgulanması gereken ilk husus, bu ilkelerin başta ekoloji olmak üzere çevrenin korunması ile ilgili bilim dallarının sunduğu veriler ışığında oluşturulduğudur. Bu bakımdan bu ilkelerin, modern bir çevre politikasının da temel yapı taşlarını meydana getirdiğini belirtmek gerekir. Dolayısıyla, bu ilkelerin etkin bir çevre korumasının genel çerçevesini belirlediğini ifade etmek mümkündür. Bunun haricinde, bu ilkelerin bir bütünlük ilişkisi içinde yer almakta olup birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğuna dikkat çekmek gerekir. Diğer bir husus, çevre hukukunun bağımsız bir alan olarak gelişmesinde ve kendine özgü bir karakter kazanmasında belirleyici bir rol üstlenen bu ilkelerin, evrensel düzeyde genel bir kabul gören ilkeler olduğudur. Nitekim bu ilkeler, gerek ulusal gerek bölgesel gerekse de uluslararası birçok hukuki metne ve bildirgeye yansıtılmıştır. Hukuki metinlerde yer alması bu ilkelerin, çevre ile ilgili düzenlemelerin hazırlanması sürecinde göz önünde tutulmasını ve yargı organları dahil olmak üzere tüm kamu makamları için yönlendirici olmasını sağlayacaktır. Diğer taraftan, bu ilkelerin genel ve soyut niteliklerinden dolayı esas olarak kılavuz ilke işlevine sahip olduğunun altını çizmek gerekir. Bu nedenle, bu ilkelerin somutlaştırılıp pratiğe aktarılması yasal ve yasaaltı düzenlemeleri gerekli kılmaktadır.

4.2. Çevre Hukukunun Temel İlkelerinin Anayasal Metinlerde Düzenlenişi

Çevre hukukunun temel ilkelerinin bu hukuk dalına temel teşkil eden esaslar olmasının yanı sıra modern ve etkili bir çevre politikasının genel çerçevesini çizdiğinin ortaya konmasından sonra, bu ilkelere anayasal metinlerde yer verilmesinin olanaklı olup olmadığının sorgulanması gerekmektedir. Bu bağlamda vurgulanması gereken ilk husus, anayasaların genel olarak devletlerin işlev ve organlarını ve yurttaşların temel hak ve hürriyetlerini düzenleyen temel hukuki metinler olduğudur. Diğer taraftan normlar hiyerarşisinde üstte yer almalarından dolayı, yasal ve yasaaltı düzenlemelerin kural olarak anayasada yer alan hükümlere uygun olması ve bu düzenlemelerin anayasaya uygun yorumlanması gerekmektedir. Dolayısıyla, anayasal metinlerin hem bir üstünlüğe hem de bir bağlayıcılığa sahip olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim 1982 Anayasası'nın 11. maddesinde bu doğrultuda, “*Anayasa hükümleri, yasama,*

²¹ Bu konuda bkz. *Turgut, Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 109 vd.; *Sparwasser/Engel/Voßkuhle, Umweltrecht*, 4. Auflage, Heidelberg 2003, S. 68 vd.; *Kloepfer*, s. 168 vd.

yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.” ifadesine yer verilmiştir. Bu açıklamalar ışığında, öngördükleri hukuki güvence bakımından anayasal düzenlemelerin diğer normlara göre üstün olduğu, bu nedenle gerek devlet teşkilatı gerek temel hak ve hürriyetler bakımından önem arz eden meselelerin anayasal hükümlerle düzenlenmesinin faydalı olacağı neticesine ulaşmak mümkündür.

Çevre hukukunun temel ilkelerine anayasal metinlerde yer verilmesi bağlamında değinilmesi gereken ilk nokta, bu ilkelere birçok ülkenin yasal ve yasaaltı düzenlemelerinde yer verildiği, çeşitli ülkelerin anayasalarında bu ilkelere rastlamanın mümkün olduğu, ancak bu ilkelerin tümüne açık bir şekilde yer veren anayasal metinlerin sayısının oldukça az olduğudur. Örneğin, Portekiz Anayasası'nın 66. maddesinde sürdürülebilir kalkınma ilkesi, katılım ilkesi, entegrasyon ilkesi ve önleme ilkesine açıkça değinilmiştir. Bunun dışında, İsviçre Anayasası'nın 73. maddesinde sürdürülebilir kalkınma ilkesine, 74. maddesinde ise önleme ilkesi ve kirleten öder ilkesine vurgu yapılmıştır. Ayrıca, Polonya Anayasası'nın 5. maddesinde sürdürülebilir kalkınma ilkesine, 68. maddesinde önleme ilkesine, 74. maddesinde katılım ilkesi ile işbirliği ilkesine ve 86. maddesinde kirleten öder ilkesine ilişkin hükümlere yer verildiği görülür. İspanya Anayasası'nın 45. maddesinde ise, katılım ilkesi ve işbirliği ilkesine vurgu yapıldığı göze çarpmaktadır. Çevre hukukunun temel ilkelerine açıkça yer veren veya dolaylı biçimde bu ilkelere vurgu yapan anayasalar, hiç şüphesiz sadece bunlardan ibaret değildir. Örnekleri çoğaltmak yerine bu ilkelere daha kapsayıcı bir şekilde yer veren iki tane anayasal metne yer verilmesi daha faydalı görünmektedir. Bu bağlamda, Fransa Çevre Şartı'na ve Avrupa Birliği'nin kurucu hukuki metinleri niteliğinde olan Avrupa Birliği'nin Çalışma Usulüne İlişkin Antlaşma ve Avrupa Birliği Antlaşması'nda yer verilen hükümlere değinilecektir.

4.2.1. Fransa Çevre Şartı

Fransız çevre hukukunun temel anayasal metni niteliğinde olan Çevre Şartı (*Charte de l'environnement*), 1 Haziran 2004'te Ulusal Meclis ve 24 Haziran 2004'te Senato tarafından kabul edilmiş, 1 Mart 2005 tarihinde gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri çerçevesinde ise 4 Ekim 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın bir parçası haline gelmiştir. Fransız Anayasası'nın bir parçası olduğundan dolayı, anayasal hükümler barındıran bir metin niteliğinde olan

Fransa Çevre Şartı, bir giriş kısmı ve 10 maddeden oluşmaktadır. Fransız çevre hukukunun anayasal çerçevesini çizen bu düzenleme, esasen çevrenin korunmasına yönelik olarak değişik hukuki metinlerde yer alan ilkeleri anayasal düzeyde güvence altına almayı amaçlamaktadır. Konumuz bakımından önem arz etmesi nedeniyle, Fransa Çevre Şartı'nın metnine yer vermek faydalı görünmektedir. Bu düzenlemenin metni şu şekildedir:²²

“Fransız Halkı,

- *Doğal kaynakların ve doğal dengenin insanlığın oluşumunun şartı olduğu,*
- *İnsanlığın geleceği ve hatta devamlılığının insanın doğal çevresine ayrılmaz bir şekilde bağlı olduğu,*
- *Çevrenin tüm insanlığın ortak mirası olduğu,*
- *İnsanın artan bir biçimde yaşam koşulları ve kendi gelişimi üzerinde etkili olduğu,*
- *Biyolojik çeşitliliğin, insanın gelişiminin ve beşeri toplumun belli bazı tüketim ilişkileri veya üretim teknikleri ve doğal kaynakların aşırı kullanımı nedeniyle tahrip edildiği,*
- *Çevrenin korunmasının ulusun diğer temel menfaatleri düzeyinde bir talep olduğu,*
- *Sürdürülebilir bir kalkınmanın güvence altına alınabilmesi için şimdiki kuşakların ihtiyacını karşılarken gelecek kuşakların ve diğer halkların kendi gereksinimlerini tehlikeye atmaması gerektiği,*
- *Düşüncesi ile şu şartı ilan etmektedir:*

Madde 1: *Herkes, dengeli ve sağlık açısından sakınca oluşturmayan bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*

Madde 2: *Her insan, çevrenin korunmasına ve geliştirilmesine katkı sunma yükümlülüğü altındadır.*

Madde 3: *Her insan, yasalarda belirlenen şartlar çerçevesinde sebep olabileceği çevresel zararları önlemek veya aksi taktirde bunların neticelerini hafifletmek zorundadır.*

²² Fransa Çevre şartı'nın Türkçe'ye tercümesinde <http://www.verfassungen.de/> internet adresinde yer alan Almanca metin esas alınmıştır.

Madde 4: Her insan, yasalarda öngörülen şartlar çerçevesinde kendisinin neden olduğu çevresel zararların bertaraf edilmesine katkıda bulunmak zorundadır.

Madde 5: Mevcut bilimsel bilgiler çerçevesinde kesin bir şekilde öngörülemeyen ve çevre üzerinde ağır ve telafi edilemez bir şekilde tahribata neden olabilecek bir zararın varlığı durumunda, ilgili birimler yetkileri çerçevesinde ve ihtiyat ilkesi uyarınca zararın ortaya çıkmasını engellemek amacıyla, risk değerlendirme usulünün uygulama alanı bulması ve elverişli ihtiyati önlemlere başvurulması için çaba göstermek zorundadır.

Madde 6: Kamu sektörü tarafından yürütülen politikalar, sürdürülebilir bir kalkınmayı teşvik etmelidir. Bu amaçla kamu sektörü, çevrenin korunması ve geliştirilmesi ile ekonomik büyüme ve sosyal gelişmeyi uyumlu hale getirmelidir.

Madde 7: Her insan, yasalarda öngörülen şartlar ve sınırlar çerçevesinde kamusal makamların elinde bulunan çevresel bilgilere erişim hakkına ve çevre üzerinde etki doğurabilecek nitelikteki kamusal kararların hazırlanış sürecine katılma hakkına sahiptir.

Madde 8: Çevrenin korunması konusundaki eğitimin bu şartta yer alan hak ve yükümlülüklerle katkıda bulunması gereklidir.

Madde 9: Araştırma ve inovasyonların çevrenin korunması ve geliştirilmesine katkıda bulunması gereklidir.

Madde 10: Bu şart, Fransa için Avrupa Birliği ve uluslararası düzeydeki faaliyetleri bakımından bir kılavuz işlevine sahiptir.”

Metninden kolayca anlaşılacağı üzere, Fransa Çevre Şartı çevrenin korunmasına yönelik fevkalade önemli anayasal düzenlemelere yer vermektedir. Giriş kısmında vurgulanan hususların arz ettiği önem dışında, herkesin dengeli ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının olduğunun belirtilmesi suretiyle 1. maddede çevre hakkının anayasal düzeyde bir temel hak hüviyetine büründüğüne dikkat çekmek gerekir. 2. maddede ise, her insanın çevrenin korunmasına ve iyileştirilmesine katkıda bulunmakla yükümlü olduğu belirtilmiş, böylece çevrenin korunmasının yalnızca devlet tarafından gerçekleştirilecek bir ödev olmadığı ortaya konmuştur. Bunların haricinde, 3. maddede önleme ilkesine, 4. maddede ise kirleten öder ilkesine ilişkin hükümlere yer verildiği göze çarpmaktadır. Çevre hukukunun temel ilkelerinden bir diğeri olan ihtiyat

ilkesi ise, şartın 5. maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca, şartın 6. maddesinde sürdürülebilir kalkınma ilkesine yer verilmiş; 7. maddede ise çevresel bilgilere erişim hakkı ve çevresel karar alım süreçlerine katılım bağlamında önem arz eden hükümler öngörülmüştür. Bu açıklamalar ışığında, herkes için bir çevre hakkı öngörmenin yanı sıra Fransa Çevre Şartı'nın, modern çevre koruma politikalarının temel esasları niteliğinde olan çevre hukukunun temel ilkelerini anayasal norm haline getirdiğini ifade etmek gerekir. Ayrıca, bu şartın anayasal bir metin olduğunun kabulü ile 4 Ekim 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın ekolojik bir anayasa olma yolunda önemli bir mesafe kaydettiğini ilave etmek gerekir.

4.2.2. Avrupa Birliği Kurucu Antlaşmaları

Çevre hukukunun temel ilkelerine anayasal metinlerde yer verilmesi konusunda ikinci olarak Avrupa Birliği'nin kurucu antlaşmalarında yer alan hükümlere değinmek gerekir. Bu bağlamda belirtilmesi gereken ilk husus, Avrupa Birliği'nin Çalışma Usulüne İlişkin Antlaşma (ABÇUİA) ve Avrupa Birliği Antlaşması'nın (ABA) Avrupa Birliği'nin temel kurucu metinleri olduğudur. Dolayısıyla bu antlaşmaların Avrupa Birliği'nin bir bakıma anayasası niteliğinde olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Ayrıca bu iki antlaşma, Avrupa Birliği'nin hukuk düzeni içinde Birliğin birincil hukukunu oluşturmakta, Birlik hukuk düzeninin tabi olduğu normlar hiyerarşisinde en üst basamakta yer almakta ve bilhassa tüzük ve yönergelerden oluşan Birliğin ikincil hukukunun dayandığı hukuki zemini teşkil etmektedir. Dikkat çekilmesi gereken diğer bir nokta, Avrupa Birliği hukukunun Avrupa Birliği üyesi ülkelerin ulusal hukuklarının şekillenmesinde günümüzde birinci derecede belirleyici olduğudur. Bu belirleyici etki, bilhassa çevrenin korunmasına ilişkin ulusal düzenlemelerde göze çarpmaktadır. Zira, üye devletlerin çevrenin korunmasına ilişkin ulusal düzenlemelerin büyük bir kısmı Avrupa Birliği'nin bu konuda kabul ettiği düzenlemeleri esas almaktadır. Bunun haricinde, bir çatışma durumunda Avrupa Birliği hukukunun normlar hiyerarşisinde yeri ne olursa olsun kendisi ile çelişen tüm ulusal hukuk normlarının üstünde olduğunu ve ulusal hukuk düzenlemelerinin kural olarak Birlik hukukuna uygun bir şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmek gerekir. Bu açıklamalardan hareketle, Avrupa Birliği'nin hukuk düzeni kapsamında temel norm olmaları nedeniyle kurucu antlaşmalarda yer alan hükümlerin Birliğin kabul ettiği hukuki düzenlemelerin temel dayanağı olmanın yanı sıra, üye devletlerin ulusal düzenlemelerine yön ve şekil verdiğini ifade edebiliriz.

Avrupa Birliği'nin temel hukuki metinleri niteliğinde olan ABÇUİA ve ABA'nın farklı yerlerinde çevrenin korunmasına ilişkin hükümlere rastlamak mümkündür. Bu düzenlemeler arasında en önemlileri, ABÇUİA'nın *Çevre* adını taşıyan Başlık XX'sinde 191, 192 ve 193. maddelerde yer almaktadır. Konumuz bağlamında önem taşıması vesilesiyle, bu düzenlemelerden yalnızca 191. madde üzerinde durulacaktır. ABÇUİA'nın 191. maddesinde, Birliğin çevre politikasının hedefleri, ilkeleri ve çevre politikası alanındaki uluslararası işbirliği düzenlenmiştir. Avrupa Birliği'nin çevre politikası ve hukukunun genel çerçevesini belirleyen ABÇUİA'nın 191. maddesi şu şekildedir:

“1. Birliğin çevre alanındaki politikası aşağıdaki hedeflerin izlenmesine katkıda bulunur:

- *Çevre kalitesinin muhafaza edilmesi, korunması ve iyileştirilmesi,*
- *İnsan sağlığının korunması,*
- *Doğal kaynakların itinalı ve rasyonel kullanımı,*
- *Özellikle iklim değişikliği ile mücadele edilmesi ve çevrenin evrensel veya bölgesel sorunlarına karşı koymayı hedefleyen tedbirlerin uluslararası düzeyde geliştirilmesi.*

2. Çevre alanındaki Birlik politikası, Birliğin farklı bölgelerindeki durumların çeşitliliğini dikkate alarak, yüksek seviyede bir koruma hedefler. Bu politika, ihtiyat ve önleme ilkelerine, çevresel zararın öncelikle kaynağında giderilmesi ve kirleten öder ilkelerine dayanır.

Bu bağlamda çevre koruma gereksinimlerine cevap veren uyumlulaştırma tedbirleri, uygun hallerde üye devletlere Birliğin denetim prosedürüne tabi olarak ekonomik olmayan çevresel sebeplerle geçici tedbirler alma izni veren bir korunma hükmü içerir.

3. Birlik, çevre alanındaki politikasını oluştururken şu unsurları dikkate alır:

- *Mevcut bilimsel ve teknik veriler,*
- *Birliğin farklı bölgelerinin çevre koşulları,*
- *Faaliyette bulunmanın veya bulunmamanın ortaya çıkarabileceği fayda ve maliyetler,*
- *Birliğin bir bütün olarak ekonomik ve sosyal kalkınması ve bölgelerinin dengeli kalkınması.*

4. Birlik ve üye devletler kendi yetkileri çerçevesinde üçüncü devletler ve yetkili uluslararası örgütlerle işbirliği yapar. Birliğin işbirliği yöntemleri, Birlik ve ilgili üçüncü taraflar arasında antlaşmaların konusunu oluşturur.

Bir önceki paragraf, üye devletlerin uluslararası kuruluşlarla görüşmelerde bulunma ve uluslararası anlaşmalar akdetme yetkisine halel getirmez.”

ABÇÜİA'nın 191. maddenin metni göz önünde bulundurulduğunda, 1. fıkrada Avrupa Birliği çevre politikasının hedefleri olarak, çevre kalitesinin muhafaza edilmesi, korunması ve iyileştirilmesi, insan sağlığının korunması, doğal kaynakların itinalı ve rasyonel kullanımı, iklim değişikliği ile mücadele edilmesi ve çevrenin evrensel veya bölgesel sorunlarına karşı koymayı hedefleyen tedbirlerin uluslararası düzeyde geliştirilmesine yer verildiği görülür.²³ Aynı maddenin 3. fıkrasında ise, Avrupa Birliği çevre politikasının oluşturulurken mevcut bilimsel ve teknik verilerin, farklı bölgelerinin çevre koşullarının, eylemde bulunmanın veya bulunmamanın ortaya çıkarılabileceği fayda ve maliyetlerin dikkate alınacağı ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra 4. fıkrada, Birlik ve üye devletlerin çevrenin korunması konusunda üçüncü devletlerle antlaşmalar akdedebileceği ve işbirliğine gidebileceği belirtilmiştir.²⁴ Konumuz bağlamında önem arz eden asıl düzenleme olan 2. fıkrada ise, Avrupa Birliği çevre politikası ve hukukuna esas teşkil eden ilkeler sayılmıştır. Bu ilkeler, yüksek seviyede koruma ilkesi, ihtiyat ilkesi, önleme ilkesi, kaynaktan önleme ilkesi ve kirleten öder ilkesi olarak sıralanabilir.²⁵ ABÇÜİA'nın 191. maddesinin 2. fıkrasında zikredilen bu ilkelerin haricinde, “Çevrenin korunması gereklilikleri, özellikle sürdürülebilir bir kalkınmayı sağlamak amacıyla Birlik politika ve tedbirlerinin belirlenmesi ve uygulanmasıyla bütünleştirilmelidir.” hükmüne yer veren ABÇÜİA'nın 11. maddesinin entegrasyon ilkesine yer verdiği göze çarpmaktadır. Bunun dışında, çevre hukukunun önemli bir diğer ilkesi olan sürdürülebilir kalkınma ilkesine değinen hükümlere ABÇÜİA'nın 11. maddesinde, ABA'nın giriş kısmının 9. paragrafında, ABA'nın 3. maddesinin 3 ve 5. fıkralarında, ayrıca ABA'nın 21. maddesinin 2. fıkrasının d) ve f) bentlerinde rastlamak mümkündür. Bu doğrultuda örneğin ABA'nın 3. maddesinin 3. fıkrasında, “Bir iç pazar kuran Birlik, dengeli iktisadi büyüme ve fiyat istikrarı, yüksek düzeyde rekabetçi sosyal piyasaya ekonomisi, tam istihdam,

²³ Bu konuda bkz. *Epiney*, s. 95 vd.; *Jans/von der Heide*, s. 27 vd.; *Meßerschmidt*, s. 264 vd.

²⁴ Bu hususta bkz. *Jans/von der Heide*, s. 45 vd.

²⁵ Bu konuda daha ayrıntılı bkz. *Meßerschmidt*, s. 279 vd.; *Epiney*, s. 97 vd.; *Jans/von der Heide*, s. 34 vd.

sosyal ilerlemeye ve çevrenin yüksek düzeyde korunması ve iyileştirilmesine dayanan Avrupa'nın sürdürülebilir kalkınması için çaba gösterir." ifadesine yer verilmiştir.

Bu bağlamda, yüksek seviyede koruma ilkesi, ihtiyat ilkesi, önleme ilkesi, kaynaktan önleme ilkesi, kirleten öder ilkesi, entegrasyon ilkesi ve sürdürülebilir kalkınma ilkesinin, Avrupa Birliği'nin çevre politikası ve hukukunun temel taşlarını oluşturduğunu ifade etmek gerekir. Avrupa Birliği'nin 191. maddenin 1. fıkrasında ifadesini bulan çevre politikası hedefleri erişilmek istenen nihai sonuçları belirlerken, bu yedi ilke bu hedeflere ulaşılabilmesi için başvurulması gereken yöntem ve araçları ortaya koymaktadır. Bu ilkeler ayrıca, yalnızca politik nitelikte program ilkeler olmayıp, aksine hukuki bağlayıcılığa sahiptir.²⁶ Bu nedenle bu ilkelere aykırı tasarruflar, Avrupa Birliği yargı organları nezdinde iptal davalarına konu edilebilir.²⁷ Nitekim Avrupa Birliği'nin en üst düzey yargı organı olan Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) da çeşitli davalarda verdiği kararlarda,²⁸ bu ilkelerin Birlik çevre politikası ve hukukuna temel oluşturan ve yön veren hukuken bağlayıcı ilkeler olduğunu belirtmiştir. Diğer bir husus, Avrupa Birliği çevre hukuku ilkelerinin Birlik organları için bağlayıcı nitelikte olduğu ve Birliğin tüm organları için yönlendirici bir kılavuz işlevi gördüğüdür. Bu bağlamda Birliğin gerek yasa gerekse de yargı organları, faaliyetlerini yürütürken bu ilkeleri sıkı bir şekilde gözetmelidir. Avrupa Birliği çevre politikası ve hukuku ilkeleri yönlendirici niteliklerinin yanı sıra, Birlik organlarının eylem ve tasarruflarına hukuki bir dayanak oluşturmaktadır. Bu ilkeler ayrıca, Birliğin ikincil hukuk niteliğindeki çevre mevzuatının yorumlanmasında kıstas işlevi görmektedir.

5. Ara Sonuç

Buraya kadar yaptığımız açıklamalar ve farklı anayasal metinlerde yer alan düzenleme biçimlerinden hareketle, ülkemiz için hazırlanabilecek yeni bir anayasada çevrenin korunması konusunda çağımızın gerekliliklerini sıkı bir şekilde dikkate alan bir temel norma yer verilmesinin büyük bir önem taşıdığını ifade etmek gerekir. Anayasada yer alacak bu tür bir temel düzenlemede öncelikle, herkesin insan onuruna yaraşır sağlıklı, temiz ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğunun ifade edilmesi birçok açıdan fay-

²⁶ *Epiney*, s. 114; *Appel*, NVwZ 2001, s. 395.

²⁷ *Epiney*, s. 114; *Calliess*, EG-Umweltrecht, in: Hansmann, Klaus/ Sellner, Dieter (Hrsg.): Grundzüge des Umweltrechts, 3. Auflage, Berlin 2007, N. 70.

²⁸ Karş. EuGH, Rs. C-84/5, 1998, I- s. 4301; Rs. C-9/00, 2002, I- s. 3533.

dalı görünmektedir. Bununla birlikte, anayasada herkes için bir çevre hakkı öngören bu tür bir soyut düzenlemenin tek başına yeterli olmadığını, çevre hakkının hayata geçirilmesine yönelik olarak anayasanın farklı hükümlerinde ayrıca halkın çevresel bilgilere erişimini, çevresel karar alım süreçlerine katılımını ve yargısal birimlere başvurusunu güvence altına alan düzenlemelere yer verilmesi gerektiğini belirtmek gerekir. Çevre hakkını destekleyici bu tür hakların anayasada öngörülmesinin dışında, çevresel bilgilere erişim, çevre ile ilgili kararlara halkın katılımı ve çevre ile ilgili meselelerde yargıya başvuru konularında ayrıntılı hükümlere yer veren Aarhus Sözleşmesi'ne ülkemizin taraf olması birçok açıdan önem arz etmektedir.²⁹ Anayasada çevre hakkına yer veren bir temel düzenlemede ayrıca, çevrenin korunmasının ve geliştirilmesinin devletin ve yurttaşların ödevi olduğuna işaret eden bir hükmün öngörülmesinin birçok bakımdan faydalı olacağını belirtmek gerekir.

Çevre koruma ödevinin içeriğinin somutlaştırılması açısından ise, bu tür bir temel düzenlemede çevre hukukunun temel ilkelerine yer verilmesi fevkalade önem taşımaktadır. Bu bağlamda, çevrenin korunması konusunu ele alan esas anayasal düzenlemede sürdürülebilir kalkınma ilkesi, ihtiyat ilkesi, kirleten öder ilkesi, önleme ilkesi, katılım ilkesi, entegrasyon ilkesi, işbirliği ilkesi ve kaynakta önleme ilkesine açıkça yer veren veya bu ilkelere atıfta bulunan hükümlere yer verilmesi birçok bakımdan faydalı neticeler doğuracaktır. Bu konuda, özellikle Fransa Çevre Şartı'nda ve Avrupa Birliği kurucu antlaşmalarında yer alan düzenlemelerin örnek alınması olanaklı görünmektedir. Modern bir çevre koruma politikasının temel yapı taşlarını oluşturan bu ilkelere anayasal bir normda yer verilmesi, ülkemizde etkin bir ulusal çevre politikasının genel çerçevesinin belirlenmesi haricinde, bu ilkelerin çevre ile ilgili düzenlemelerin hazırlanması sürecinde göz önünde tutulmasını ve yargı organları dahil olmak üzere tüm kamu makamları için yönlendirici olmasını sağlayacaktır. Çevre hukukunun temel ilkelerine anayasal nitelik kazandırılması, çevrenin korunması yolundaki girişimlere hiç kuşkusuz ciddi bir katkı sunacaktır.

6. Anayasada Yer Alabilecek Diğer Hususlar

Sağlıklı, temiz ve dengeli bir çevrenin insanın ve diğer canlıların en temel hakkı olan yaşam hakkının bir ön koşulu olduğu gerçeği, çevrenin ko-

²⁹ Aarhus Sözleşmesi konusunda daha ayrıntılı olarak bkz. *Güneş*, GÜHFD 2010, C. XIV, S. 1, s. 299 vd.

runmasına ilişkin düzenlemelerin anayasal metinlere alınmasını gerekli kıldığı açıktır. Değişik ülkelerin farklı nitelikteki koşul ve tercihleri ise, çevrenin değişik ülkelerin anayasalarında farklı biçimlerde ele alınması sonucunu doğurmuştur. Bununla birlikte ülkemiz için hazırlanabilecek yeni bir anayasada, çevrenin korunmasına ilişkin temel bir düzenleme çatısı altında, a) herkesin sağlıklı, temiz ve dengeli bir çevrede yaşam hakkına sahip olduğunun, b) çevrenin korunması ve geliştirilmesinin yurttaşların ve devletin müşterek ödevi olduğunun ve c) çevrenin korunması ödevinin yerine getirilmesi sürecinde çevre hukukunun temel ilkelerinin dikkate alınacağını ifade edilmesinin yararlı olacağı açıktır. Bu tarz bir temel norm haricinde, çevrenin korunmasına ilişkin diğer bazı hususlara da anayasada yer verilmesi faydalı görünmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ülkemizin sahip olduğu eşsiz doğal zenginlikler ve kültürel mirasın korunması gerekliliği karşısında 1982 Anayasası'nın 63. maddede yer verdiği düzenleme yetersiz kalmaktadır.³⁰ Yeni anayasada, ülkemizin sahip olduğu tarihi, kültürel ve doğal varlıkların ve değerlerin korunmasının devletin ve vatandaşların ödevi olduğunun ve devletin tüm birimleri ile bu varlık ve değerleri korumak ve geliştirmek için çaba sarf etmekle yükümlü olduğunun belirtilmesi yararlı olacaktır. Anayasada tarihi, kültürel ve doğal varlık ve değerlerin korunmasının kamu yararının bir gereği olduğunun ve kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik projelerin (örn. hidroelektrik santralleri, otobanlar v.s.) hayata geçirilmesinde bu hususun göz önünde bulundurulacağını öngörülmesi, Hasankeyf, Alliano, Fırtına Vadisi ve Loç Vadisi gibi tarihi, kültürel ve doğal zenginliklerimizin korunmasına ciddi bir katkı sunabilecektir. Bu bağlamda, kamu yararının ekonomi, refah, sağlık, milli güvenlik vs. ile ilgili yönleri olan bir kavram olduğunun ancak bu kavramın tanımlanmasında ekolojik gereklerin de dikkate alınması gerektiğine ilişkin bir hükmün anayasaya ilave edilmesi isabetli olacaktır.

Ormanların korunmasına ilişkin hükümler, çevrenin korunması bağlamında yeni bir anayasada yer alması gereken diğer bir düzenleme kategorisini oluşturmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, 1982 Anayasası'nın 44, 169 ve 170. maddelerinde ormanların korunmasına yönelik çok önemli hükümlere yer verilmiştir. Bununla birlikte, orman yangınları, yerleşim amaçlı orman

³⁰ 1982 Anayasası'nın 63. maddesinin metni şu şekildedir: "Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır. Bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetler kanunla düzenlenir."

işgalleri, ormanlardan ölçüsüz yararlanma, orman arazilerinde yürütülen turizm ve madencilik faaliyetlerinin, ülkemizin sahip olduğu en önemli doğal zenginliklerden birini oluşturan ormanların varlığına yönelmiş ciddi tehditler olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Kamuoyunda 2B arazileri olarak da bilinen orman vasfını kaybetmiş hazine arazilerin satımı bakımından “önce talan, sonra af” mantığını hayata geçirecek yasal düzenlemelere engel olacak bir hükme anayasada yer verilmesi uygun olacaktır.

Ormanların korunması ile yakından alakalı diğer bir konu, biyolojik çeşitliliğin korunmasıdır. Ülkemiz, gerek flora gerekse de fauna açısından çok büyük bir zenginliğe sahiptir. Türkiye, bilhassa üç farklı bitki coğrafyasının birleştiği noktada olması nedeniyle çok önemli bir bitkisel zenginliğe sahiptir. Ülkemizde yaklaşık olarak 9.000 bitki türü vardır. Bu bitki türlerinin takriben 3.000 tanesi ise endemiktir, yani Türkiye’ye hasır.³¹ Buna mukabil tüm Avrupa kıtasında, 2.750 tanesi endemik olmak üzere 12.000 bitki türünün yaşadığı tahmin edilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, Türkiye’nin bitkisel zenginlik bakımından Avrupa kıtası ile kıyaslanabilecek seviyede olduğu görülür. Sahip olduğumuz bu zenginliğin korunması ve geliştirilmesi amacıyla, anayasada biyolojik çeşitliliğin korunmasına değinen bir hükme yer verilmesi faydalı olacaktır.

Burada dikkat çekilmesi gereken diğer bir husus, anayasada hayvanların korunmasına ilişkin bir hükme de yer verilebileceğidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Hayvanları Koruma Kanunu’nun 24 Haziran 2004 tarihinde kabul edilmesi hayvanların korunması konusunda ülkemizde önemli bir hukuki gelişme olarak görülmelidir. Ancak, anayasada hayvanların korunmasına ilişkin bir hükme yer verilmesi, yasal düzenlemelere anayasal bir dayanak oluşturabileceği gibi, hayvanların rahat yaşamasını, hayvanlara iyi ve uygun muamele edilmesini, hayvanların acı, ıstırap ve eziyet çekmelerine karşı korunmasını, her türlü mağduriyetlerinin önlenmesini sağlamak adına temel bir güvence olacaktır. Nitekim, Almanya, İsviçre, Lituanya ve Brezilya gibi birçok ülkenin anayasasında hayvanların korunmasına ilişkin hükümlere rastlamak olanaklıdır.

Değnilmesi gereken diğer bir nokta, çevre sorunları ve çevresel kirliliğin sınıraşan olgular olması nedeniyle çevrenin korunmasına ilişkin ulusal

³¹ Bu konuda bkz. *Demirayak*, *Biyolojik Çeşitlilik-Doğa Koruma ve Sürdürülebilir Kalkınma*, s. 5 vd.

girişimlerin tek başına yeterli olmadığı, aksine bu alanda uluslararası bir işbirliğinin gerekli olduğudur. Bilhassa küresel niteliği ön plana çıkan çevre sorunlarının çözümü tüm devletlerin ortak sorumluluk bilincine dayanan bir işbirliği anlayışı çerçevesinde hareket etmesini gerekli kılması ise, çevrenin korunmasında uluslararası antlaşmaların önemini artırmaktadır. Bu bağlamda, yeni anayasada ülkemizin çevrenin korunmasına yönelik uluslararası çalışmalara aktif olarak katılmasını ve uluslararası çevre antlaşmalarına taraf olmasını teşvik edecek hükümlere yer verilmesi isabetli görünmektedir. Bunun haricinde, insan yaşamını tehdit eden önemli bir çevre sorunu niteliğinde olan küresel ısınma olgusuna Avrupa Birliği kurucu antlaşmalarında olduğu gibi atıfta bulunulması ve ülkemizin çevre, enerji, sanayi, kalkınma vs. politikalarının tespitinde küresel ısınmanın dikkate alınacağına ifade edilmesi yararlı olacaktır.

Son olarak, ulusal enerji politikamızı ele alan anayasal bir düzenlemede çevrenin korunması gereğine dikkat çekilmesi ve daha az bir çevresel kirliliğe neden olan enerji kaynaklarına öncelik verileceğinin ifade edilmesi yerinde olacaktır. Bu bağlamda, muhtelif enerji kaynakları arasında yenilenebilir enerji kaynaklarına öncelik veren veya bu tür enerji kaynakları için ulusal düzeyde teşviklerin öngörüleceğini belirten bir düzenleme de anayasaya eklenebilir. Yakın zamanda Japonya'nın Fukuşima kentinde meydana gelen nükleer felaket nedeniyle tekrar dünya gündemine oturan nükleer enerji konusunda ise, yeni anayasada ihtiyatlı hükümlere yer verilmesi faydalı görünmektedir.

Kaynakça

- Appel, Ivo: Europas Sorge um Vorsorge, NVwZ 2001, s. 395 vd.
- Calliess, Christian: EG-Umweltrecht, in: Hansmann, Klaus/ Sellner, Dieter (Hrsg.): Grundzüge des Umweltrechts, 3. Auflage, Berlin 2007
- Caspar, Johannes: Europäisches und nationales Umweltverfassungsrecht, in: Koch, Hans-Joachim (Hrsg.): Umweltrecht, 3. Auflage, München 2010
- Demirayak, Filiz, Biyolojik Çeşitlilik- Doğa Koruma ve Sürdürülebilir Kalkınma, (http://www.tubitak.gov.tr/tubitak_content_files/vizyon2023/csk/EK-14.pdf)
- Epiney, Astrid: Umweltrecht in der Europäischen Union, 2. Auflage, Köln 2005
- Frenz, Walter: Europäisches Umweltrecht, München 1997
- Güneş, Yusuf/ Coşkun, Aynur A.: Çevre Hukuku, İstanbul 2004
- Güneş, Ahmet M.: Aarhus Sözleşmesi üzerine Bir İnceleme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010, C. XIV, s. 299 vd.
- Güneş, Ahmet M.: Alman Çevre Hukukunun Anayasal Çerçevesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2009, S. 4, s. 777 vd.
- Heselhaus, Sebastian: Verfassungsrechtliche Grundlagen des Umweltschutzes, in: Hansmann, Klaus/ Sellner, Dieter (Hrsg.): Grundzüge des Umweltrechts, 3. Auflage, Berlin 2007
- Hoppe, Werner/ Beckmann, Martin/ Kauch, Petra: Umweltrecht, 2. Auflage, München 2000
- Jans, H. Jan/ von der Heide, Ann-Katrin: Europäisches Umweltrecht, Groningen 2003
- Kaboğlu, İbrahim: Özgürlükler Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1996
- Kaboğlu, İbrahim: Çevre Hakkı, 3. Baskı, Ankara 1996
- Kloepfer, Michael: Umweltrecht, 3. Auflage, München 2004
- Kloepfer, Michael: Umweltschutzrecht, München 2008
- Kröger, Detlef/ Klauf, Ingo: Umweltrecht, Berlin 2001

- Meßerschmidt, Klaus: Europäisches Umweltrecht, München 2011
- Orth, Erika Elisabeth: Umweltschutz in den Verfassungen der EUMitgliedstaaten, NuR 2007, s. 229 vd.
- Ruch, Alexander: Umweltrecht, Zürich 2006
- **Schmidt, Reiner/ Kahl, Wolfgang:** Umweltrecht, 7. Auflage, München 2006
- Schwartmann, Rolf: Umweltrecht, Heidelberg 2006
- Sparwasser, Reinhard/ Engel, Rüdiger/ Voßkuhle, Andreas: Umweltrecht, 4. Auflage, Heidelberg 2003
- Storm, Peter-Christoph: Umweltrecht, 9. Auflage, Berlin 2010
- Thym, Daniel: Umweltschutz in den Verfassungen der EUMitgliedstaaten, NuR 2000, s. 557 vd.
- Turgut, Nühket Y.: Çevre Politikası ve Hukuku, Ankara 2009
- Turgut, Nühket: Çevre Hukuku, 2. Bası, Ankara 2001

BOŞ

KLİNİK İLAÇ ARAŞTIRMALARINDAN DOĞAN SORUMLULUK

Seda KARA KILIÇARSLAN*

ÖZET

Klinik ilaç araştırmaları, yeni tedavi yöntemlerinin bulunabilmesi için, bir zorunluluktur. Ancak doğuracağı sakıncalar gözden uzak tutulmamalıdır. Zira araştırmanın uygulandığı kişi, bu araştırmalar sebebiyle, birçok zarara uğrayacaktır. Dolayısı ile ilaç araştırması ve gönüllünün hakları arasında ince bir çizgi vardır. Bu ince çizginin açılmaması, bir takım sıkı koşulların gerçeğeşmesi ile mümkündür. Aksi takdirde, gönüllüye karşı araştırmayı yapanların hukuki ve cezai sorumlulukları gündeme gelecektir. Çalışmamız ise, yalnızca ilaç araştırmasından doğan hukuki sorumluluğu konu edinmektedir.

Anahtar Kelimeler: Klinik araştırma, ilaç, Tıp hukuku.

THE RESPONSIBILITY WHICH CAUSED FROM CLINICAL DRUG RESEARCHES

ABSTRACT

Studying of clinical medicine is a necessity to find out new treatment methods. But their adverse consequences shall be considered. Because, a person who is subject to this studying will suffer, For this reason, there is a minor distinction between studying of medicine and the rights of volunteer, there should be strict conditions not to exceed this minor distinction. Otherwise, the legal and criminal responsibilities of researchers will come to the agenda. My study just contain the legal responsibilities emerging from studying of medicine.

Key Words: Clinical Research, Drug, Medicine Law

I. GİRİŞ

Tıbbın gelişmesi, ortaya çıkan çeşitli sağlık problemlerine karşı tedavi yöntemlerinin bulunabilmesi için hekimin tıp biliminin kurallarına uygun bir müdahalede bulunma zorunluluğu olmasına rağmen; bazı hallerde henüz

* Arş. Gör., Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

sonucu yeterince keşfedilmemiş, bilinmeyen bir tedavi türünün uygulanması gündeme gelebilir. Ne var ki insan sağlığını tehdit eden birçok hastalığa karşı mücadele edilebilmesinin ve yeni tedavi türlerinin bulunması, geliştirilmesi için bilinmeyen bir alana girmek kaçınılmazdır. Zira günümüzde uygulanan yöntemlerin de bu çabalar sonucu ortaya çıktığı gözden kaçırılmamalıdır. Söz konusu araştırmalarda, Dünya Tıp birliği Helsinki Bildirgesi'nde "Tıbbi ilerlemeler, en nihayetinde kısmen insanlar üzerindeki deneylere dayanan araştırmaları temel almaktadır" diyerek hasta veya sağlıklı ayrımı yapmadan insanın rolünün zorunluluğunu vurgulamaktadır. Böylece bir yandan insanın denek olarak görülmesi, insanın kişisel değerlerine bir saldırı oluşturup, uluslar arası ve iç hukukun teminat altına aldığı insan hakları açısından da kabullenebilir değilken; bir yandansa toplumun sağlığını olumsuz yönde etkileyen ve ortaya çıkabilecek birçok hastalığa ilişkin tedavi yöntemlerini sunacaktır. Bu durum her iki olgu arasında bir çatışmayı ortaya çıkaracak; gelgelelim herhangi birinden vazgeçmenin mümkün olmaması, aralarında bir denge kurma zorunluluğu doğuracaktır¹. Şüphesiz ki bu denge yasal düzenlemelerin irdelenmesi neticesinde kurulabilecektir.

Tıbbi araştırmalar veya klinik araştırmalarına ilişkin kurallar gerek uluslar arası gerek ulusal düzenlemelerde yer bulmuştur. Ulusal mevzuatımızda ise, tam bir uzlaşma sağlandığı söylenemez. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi²,

¹ **İpekyüz-Yavuz**, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, 2006, s. 99; **Bayraktar**, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972, s. 159- 161; **Hakeri**, Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 404- 405; **Giesen** Dieter, Artzhaftungsrecht, Gesecking Verlag, Brelefeld, 1981 "Modern Farmakolojinin uygulanması çok tartışmalara neden olmuş; bugün 1976 tarihli yeni Alman Tıbbi İlaç Yasasında yer almış ve hatta yeni ilaçların kabul edilmesi için şart olarak görülmüştür", s. 79; Orentlicher, Hall Bobinski, "Medical Liability And Treatment Relationships", Aspen Publishers, Austin, Boston, Chicago, Newyork, The Netherlands, 2008, 244; **Deutsch**, Erwin, Das Recht der Klinischen Forshung am Menschen, Peter Lang Verlag, 1979, "Fortner v. Koch Olayında, (272 Mich, 273. 261. N. W. 762 1935), davacı bir demir yolu çalışanıdır ve sol dizinde karıncalanma ve dalgalanma vardır. Davalı doktor davacı hastasına kanser teşhisi koymuştur. Daha sonra davacı bir kliniğe girmiştir. Klinikte çekilen röntgende kanser olmadığı anlaşılmıştır. Davalı doktor kanser teşhisi koyduğunda antitoxin enjekte etmiştir. Doktorun sorumluluğuna ilişkin mahkeme şöyle demiştir. Tıbbin ilerlemesi için bir çok deney yapılmak zorundadır. Ancak hastanın rızası ve bilgisi olmalıdır. Çok radikal metodlar ise denenmemelidir", Bir başka olay, "US v. Rose olayı (Trials of War Criminals II 264), malleria hastalığına karşı bağışıklık geliştirme deneyi yapmıştır. Bin tane denekten yabancı ve rızaları olmayan 30 tane denek ölmüştür. Deneyi gerçekleştiren ne hüküm giymiş, ne de serbest bırakılmıştır. Çünkü deneyin adı belirtilmemiştir", s. 44; **Orentlicher**, Hall Bobinski, "Medical Liability and Treatment Relationships", Aspen Publishers, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2008, s.264.

² RGT: 19.02.1960, RG NO: 10436.

“tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiçbir cerrahi müdahale yapılamayacağı gibi aynı maksatla kimyevi, fiziki veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez” diyerek tıbbi ve klinik araştırmalara imkân vermemektedir. Diğer yandan ise Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik³, Hasta Hakları Yönetmeliği ve son olarak Türk Ceza Kanun’u uyarınca söz konusu araştırmaların yapılması mümkündür. Ancak konunun yönetmelikler dışında Türk Ceza Kanun’u tarafından düzenlenmiş olması, özel hukuk kuralları bağlamında düzenlenmemesi genelde konunun ceza hukuku açısından incelenmesine yol açmışsa da çalışmamızda konuyu özel hukuk boyutuyla inceleyeceğiz. Ayrıca Tıbbi araştırma kavramı, özellikle mevzuat dikkate alındığında, tıbbi deney ve deneme kavramlarını karşılamaktadır⁴. Fakat konu yalnızca ilaçlarla ilgili araştırmalar, diğer deyişle ilaçlarla ilgili deney ve denemelerle sınırlı olarak ele alınmış olup, ilaçtan bağımsız araştırmalar burada ele alınmamıştır. Çalışmamızda klinik ilaç araştırmalarına ilişkin hukuki sorumluluğun incelenmesi nedeniyle öncelikle klinik ilaç araştırmalarına ilişkin açıklamalara yer verilmiş, sonrasında ise yalnızca özel hukuk boyutunda, araştırma sorumluluğuna değinilmiştir.

II. KLİNİK İLAÇ ARAŞTIRMALARI KAVRAMI VE TÜRLERİ

A. Klinik İlaç Araştırmaları Kavramı

İlaçların etkilerinin, yan etkilerinin, emilim dağılımı yahut metabolizma ve atımlarının, klinik öncesi her türlü araştırmaların hayvanların üzerinde yapılmasından sonra, insanlar üzerinde etkilerinin ne olacağının belirlenmesi amacıyla hekim tarafından uygulanan, gerek klinikte kontrol altında bulunan gönüllü kişilere gerekse hekimin hastalarını muayene ederken uyguladığı tedavi neticesinde yine gönüllü kişilere yapılan uygulamalardır. Ayrıca 2009 yılında yürürlüğe girmiş olan “Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik” tanıma yer vermiştir⁵. Tanım şu şekildedir: “Bir veya birden fazla ilacın klinik,

³ RGT: 23.12.2008, RG NO: 27089.

⁴ **Bkz. Ünver**, Yener“İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, Marmara Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, No: 1, 2006, s. 150 vd..

⁵ **Giesen**, “Kontrol altındaki klinik ilaç araştırmalarda denenen ilaç ya farmakolojik etkisiz birleşim ya da farmakolojik etkili tedavi ile yeni tıbbi gelişmeler araştırılır”, s. 79; **Hakeri**, s. 405; **Hakeri**, Hakan, “İnsan Üzerinde Deney- Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, II Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara, s. 303; **Petek**, Hasan, İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 133; **Doğan**, Murat/**Ünal**, Akın, “İnsanlar Üzerinde İlaç Deneyleri ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kayseri, 8-9 Mayıs 2009, s. 153; **Özgül**, Mehmet Emin, Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, On İki Levha Yayınları, İzmir,

farmakolojik veya diğer farmakodinamik etkilerini doğrulamak veya ortaya çıkarmak, ilacın advers etkilerini tanımlamak, emilim, dağılım, metabolizma ve atılımını tespit etmek, etkililiğini ve/veya güvenli olup olmadığını araştırmak için insanlar üzerinde yürütülen çalışmalar”.

B. Klinik İlaç Araştırmaları Türleri

1. Tedavi Amaçlı Klinik İlaç Araştırmaları- Bilimsel Amaçlı Klinik İlaç Araştırmaları

Öncelikli amacı hastanın tedavisi olan fakat henüz sonuçlarının yeterince bilinmediği ve üzerinde denemelerin tamamlanmadığı ilaçların, hasta kişiler üzerinde denenmesidir⁶. İlacın deneneceği kişinin hasta olması, bilhassa ilacın tedavisinde kullanılan hastalıktan yakın bir kişi olması şarttır. Aksi halde amaç zaten tedavi olmayacak, böylece bilimsel amaçlı klinik araştırma söz konusu olacaktır. Bu bilgiyi klinik ilaç araştırmalarının ileride göreceğimiz aşamaları üzerinde değerlendirdiğimizde ise tedavi amacıyla yani hasta bir gönüllü üzerinde araştırmanın yapılabilmesi yalnızca Faz IV safhasında mümkündür. Bu safhada ilaç yeni ve yaygın bir kullanıma sahip değildir ama hastayı tedavi amacı taşır⁷.

Henüz ilacın ortaya çıkaracağı sonucu tam olarak bilmeden, hastalara ilacın kullandırılabilmesi için klinik öncesi araştırmalardan başarıyla geçmesi ve araştırmaya uygun deney hayvanı üzerinde denenmiş olması gerekmektedir⁸. Bunun yanı sıra hastayı çok ağır bir risk altına sokacak nitelikte olmamalı, bilinen ilaçlara yakın bir yan etkisi varsa denenmelidir. Eğer hastayı tedavi etmek için uygulanacak başka bir yöntem yoksa ağır tehlikeleri olsa

2010, s. 27; **Bayraktar**, s. 163; **Penning**, Randolph, “Rechtsmedizin Systematisch”, Unimed Verlag, Bremen- London- Boston, 2006, s. 296; **Orentlicher**, s. 264.

⁶ **Giesen**, s. 79; **Özgül**, s. 32; **Doğan/Ünal**, s. 152; **İpekyüz**, s. 100; **Şenocak**, Zarife, “Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu”, Ankara, 1998, s. 67; **Erman**, Barış, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s.226; **Çilingiroğlu**, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s.31.

⁷ **Özgül**, s. 32.

⁸ Mülga İAHY’ın 7. maddesi açıkça bu koşulu düzenlemiştir. “Yeni geliştirilen bir ilacın klinik öncesi farmakolojik, toksikolojik ve farmasötik araştırmaları tam ve uygun deneysel yöntemler kullanılarak yapılmadan I. Dönem klinik araştırmalarına geçilemez. Bu çalışmaların değerlendirilmesinde aşağıda belirtilen hususlar öncelikle dikkate alınır, a. Klinik öncesi araştırmaların uygun deney hayvanlarında ve uygun metodlarla yapılmış olması, b. İlacın ve etkinin özelliğine göre uygun sayıda deney hayvanı kullanılmış olması, c.Etki, yan etki, diğer maddelerle etkileşim, toksisite, teratojenite, mutajenite, fertilitite, kanserojenite ile ilgili çalışmaların uygun doz aralıkları ve uygun sürelerde yapılmış olması”.

bile, zorunluluk hali dolayısı ile yine klinik ilaçların hasta üzerinde denemesi mümkündür⁹.

Bir başka tür ilaç araştırması ise, bilimsel amaçlı klinik ilaç araştırmalardır. Yeni ilaçların keşfedilmesi amacıyla yapılan; uygulama yapılan kişinin tedavisi amacını taşımayan ilaç araştırmalarına bilimsel amaçlı klinik ilaç araştırmaları denilmektedir. Uygulanacak kişiler, bu müdahalelerde sağlıklı kişiler veya ilacın tedavisinde kullanılan hastalığı taşıyan kişiler olmalıdır. Klinik ilaç araştırmalarında tedavi amacının bulunmaması, gönüllülerin menfaatsiz bir fedakârlığa katlanmalarını gerektirir. Bu nedenle çok sıkı şartlara bağlı kalarak uygulamanın yapılması gerekmekte; aksi durum ise araştırmacının sorumluluğunu doğurmaktadır¹⁰.

2. Araştırmanın Ticari Amacı Hedeflemesine Göre Ticari Klinik Araştırmalar- Gayri Ticari Klinik Araştırmalar

İnsanlığın hizmetine sunulmuş ilacın, bu aşamaya gelmesine anına kadar uzun, zahmetli ve masraflı bir çalışmayı gerektirdiği aşikârdır. Bu nedenle masrafların karşılanabilmesi için, araştırmalar genelde ilaç firmalarının sponsorluğuyla gerçekleştirilmektedir. İlaç firmalarının bu denli bir masrafı yüklenmesindeki amacı ise, bilime katkı sağlamaktan ziyade ticari kazanç elde etmek olarak belirtilebilir. Sonuçta ilacın tüketildiği pazarın ve elde edilen kazancın büyüklüğü, yeni bir sektörü oluşturmuştur. Öte taraftan ise, bazı hallerde de ilaç endüstrisinin katılımından bağımsız bir ilaç araştırması yapılabilir. Nitekim KAHY m. 4/y “ticari olmayan ilaç klinik araştırmaları” başlığıyla tanımlamıştır. Buna göre, “*Hastalıkların tanısı, önlenmesi ve/veya tedavisinde, hasta rehabilitasyonu ve uzun dönemli bakımında kullanılan ilaçlarla yapılan müdahalelerin değerlendirilmesinde, ilaç endüstrisinin katılımı olmadan yapılan ve ticari kaygı güdülmeyen araştırmalar*” ticari olmayan ilaç klinik

⁹ **Özgül**, s. 33; **Doğan/Ünal**, s. 152; Ayrıca KAHK m. 4/v tedavi amaçlı denemenin tanımına yer vermiştir: “26/09/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 90. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında tanımlanmış bilinen tıbbi müdahale yöntemleri ile tedavisi mümkün olmayan hastalarda veya bu tedavi yöntemlerinin yüksek riskli olduğu durumlarda; bilimsel araştırma sonuçlarının henüz kesin bir nitelik taşımadığı durumlarda dahi hastalığın tedavisi konusunda elde edilmiş somut bazı faydalarından yola çıkarak, hastanın veya yasal temsilcisinin rızası alınmak suretiyle, uzman hekim tarafından, hastanede yapılan ve bilimsel kurallara uygun olan tedavi”.

¹⁰ **Zevkililer**, Aydın/**Acabey**, Beşir/ **Gökyayla**, Emre, Medeni Hukuk- Giriş-Başlangıç- Kişiler- Aile Hukuku, Seçkin Yayınevi, 6. Bası, Ankara, 2000, s. 441; **İpekyüz**, s. 101; **Şenocak**, s. 68; Bayraktar, s. 161- 162; **Çilingiroğlu**, s. 30; **Giesen**, s. 79-81, “Eğer yapılan araştırma kişinin yararına değilse, bilimsel araştırma deneylerinden bahsedilir”.

araştırmaları olarak tanımlanmıştır. Böylece ilaç araştırmalarına ilişkin ikinci bir ayırım yönetmelik hükümleri tarafından getirilmiştir.

C. Klinik İlaç Araştırmalarda Tarafların Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti

Klinik ilaç araştırmaları neticesiyle oluşacak sorunların çözümü için özel hukukumuz açısından herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Konunun kanuni bakımdan düzenlenmesi ise yalnızca Türk Ceza Kanunu ile sınırlı iken, yönetmelikler ve tüzüklerle klinik araştırmalara ilişkin sorunlara çözüm bulunmaya çalışılmaktadır. Oysa klinik ilaç araştırmaları birçok özel hukuku konu alacak probleme gebe dir. Ayrıca gerek kanuni boyuttaki düzenlemeler gerekse yönetmelik ve tüzük boyutundaki düzenlemeler incelendiğinde görülecektir ki kavramlar arasında bir bütünlük de yoktur. Bu nedenle ceza hukuku sorumluluğu dışında, özel hukuk manasında bir tazminat sorumluluğunun çözümü için başlı başına bir düzenleme ve kavramlar arasında oluşturulacak bir birlik elzemdir. Şuan için ise mevcut özel bir düzenlenmenin olmaması, sorunların çözümü için genel hükümlere başvurulmasını zorunlu kılar. Ancak özellikle klinik ilaç araştırmalarından doğan sorumluluğun çözümünde genel hükümlere müracaat edilmesi için ise öncelikle klinik ilaç araştırmalarının hukuki mahiyeti tartışılıp neticelendirilmelidir. Bu nedenle konuya ilişkin ileri sürülen dört görüşü inceleyerek çalışmamıza devam edeceğiz.

1. Sözleşme İlişkisi

Klinik ilaç araştırmalarının sıkı kurallara bağlanmış olması nedeniyle, taraflar yüksek ihtimalle bir sözleşme ilişkisi içerisinde olacaktır. Gönüllü ile araştırmayı yapan hekim ve bu araştırmaya katkı sağlayan destekleyici (genellikle ilaç firmaları) arasında bir sözleşme ilişkisi söz konusudur. Bu sözleşmeyi klinik araştırma sözleşmesi, araştırma sözleşmesi, deneme sözleşmesi olarak adlandırmak mümkündür¹¹.

Klinik ilaç araştırması sözleşmesinde, sözleşme taraflarının aralarındaki sözleşme ilişkisinin hangi sözleşme türüne ait olduğu konusu ise hayli tartışmalıdır. Konuya ilişkin çözümler ise, tedavi amaçlı klinik ilaç araştırmalar ve bilimsel amaçlı klinik araştırmalar ayrı ayrı değerlendirilerek ileri sürülmüştür. Tedavi amaçlı klinik ilaç araştırmalarında hastanın menfaati göz önünde bulundurulduğundan hekimlik sözleşmesine daha yakın bir yapı

¹¹ Özgül, s.54- 68; Doğan/Ünal, s. 166; Şenocak, s. 9- 11; İpekyüz- Yavuz, s. 56- 72.

karşımıza çıkmaktadır. Hal böyle olunca hekimlik sözleşmesinin hangi tür sözleşme kabul edileceğinin cevabı ile tedavi amaçlı deneme sözleşmesinin türüne ilişkin cevap aynı olacaktır. Zira hekimin hasta gönüllü arasında bir işçi işveren benzeri bağımlılık ilişkisi olmaması hizmet sözleşmesinden; hekimin bu sözleşmeyle bir sonucu taahhüt etmemesi eser sözleşmesinden ayırt edilmesini sağlar. Zaten Türk Hukukunda bu görüş genel kabul edilen görüş olmuştur¹². Ne var ki, Alman Hukukunun tedavi amaçlı deneme sözleşmesini

¹² Y. 9. HD. T. 18.11.1991, E. 1991/ 8375, K. 1991/ 14336, “Doktor meslek ve sanatını icra eden bir kimsedir. Hasta muayene ve tedavi için kendisine müracaat ettiğinde ve doktor muayene ve tedaviye başladığı anda akdi bir ilişki kurulmuş olur. Bu ilişki hukukun BK.nun 386. maddesinin 2. fıkrası uyarınca vekalet akdidir” (Sinerji İçtihat ve Mevzuat Programı”, **Şenocak**, s. 18- 30; **İpekyüz- Yavuz**, s. 56-72; **Özgül**, s. 59- 68; **Doğan/ Ünal**, s. 166; . Y. 13. HD. T. 19.10.2006, E. 2006/10057, K. 2006/13842, “Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de; bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. Vekilin sorumluluğu genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır (BK m. 390/2). Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan dahi sorumludur (BK m. 321/1). O nedenle, vekil konumunda olan doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif dahi olsa sorumluluğunun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu, tıbbi açıdan zamanında gecikmeksizin saptayıp, somut durumu gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir tercih yaparken de hastanın ve hastalığının özelliklerini göz önünde tutmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı, en emin yol seçilmez. Gerçekten de hasta, tedavisini üstlenen meslek mensubu doktorunun tedavisinin bütün aşamalarında mesleğin gerektirdiği titiz bir ihtimam ve dikkati göstermesini, beden ve ruh sağlığı ile ilgili tehlikelerden kendisini bilgilendirmesini güven içinde beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK’ nın 394/1. maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise, doktor sorumlu tutulmamalıdır. Yapılan bu açıklamalardan sonra somut olaya bakıldığında, davalı, davacıya verilen ilaçlar arasında bulunan <Exen Forte tablet> adlı ilacın mide hassasiyeti olan hastalarda yan etkisinin olabileceğini, ancak davacıya sorulmasına rağmen böyle bir hassasiyeti olduğunu bildirmediğini savunmuştur. Davacı, davalı tarafından bu ilaçla ilgili olarak kendisinin uyarılmadığını ve mide şikayeti ile ilgili soru sorulmadığını bildirmiştir. Diğer yandan, hükme esas alınan Üroloji uzmanı Op. Dr. D.A. tarafından hazırlanan bilirkişi raporunda; ağrı kesici etkisi yönüyle kullanıldığı anlaşılan Exen Forte tablet türü ilaçların mide bağırsak sisteminde rahatsızlığı bulunan hastalarda dikkatli kullanılması, mümkünse kullanımından kaçınılması, mide kanamasının bu tür ilaçların beklenebilecek yan etkisi olduğundan, kullanılması zorunluluk arz ediyorsa mide koruyucu bir ilaçla birlikte kullanılmasının uygun olacağı şeklinde görüş bildirilmesine rağmen; hekimin beyanı gözetilerek hastanın önceden uyarılmış olduğunun kabulü ile ortaya çıkan komplikasyonları tamamen ilacın yan etkisi olup, davalıların kusurlarının olmadığı kanaatine varılmıştır. Davalı tarafından davacının bu konuda bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir bulgu ve belge yoktur. Ayrıca, tedavi öncesi mide şikayeti olan davacının bu konuda uyarılmasına ve soru sorulmasına rağmen, kendi sağlığını riske atacak şekilde bu

daha ziyade eser ve hizmet sözleşmesi içerisinde değerlendirmesi ise, Alman Hukukunda vekalet sözleşmesinin kesin bir şekilde karşılıksız yapılmasından kaynaklanmaktadır. Konuyu düzenleyen BGB. § 662, vekilin karşılıksız olarak vekalet verenin kendisine yüklediği edimleri yerine getireceğini taahhüt etmektedir. Oysaki hekimlik sözleşmesi kural olarak bir bedel karşılığında yapıldığından; vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirememektedir¹³.

Bilimsel amaçlı klinik ilaç araştırmalarının ise, öğretilerde hâkim görüş tarafından kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir. Esasen bünyesinde eser, hizmet, vekâlet sözleşmelerinin özelliklerini barındırır da tamı tamına bu sözleşmelerden biri içerisinde değerlendirilememektedir. Bu nedenle uygun düştüğü oranda bu sözleşmelerin hükümlerine başvurulmalıdır¹⁴.

2. Vekâletsiz İş Görme İlişkisi

Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası olmadan ancak hasta yararına yapılan müdahale vekâletsiz iş görme kapsamında değerlendirilmektedir. Klinik ilaç araştırmaları açısından olaya yaklaşıldığında ise, vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması zordur. Çünkü deneme mutlaka gönüllü kişinin rızasına dayanmalıdır ve tıbbi müdahalelerde görüldüğü gibi hastanın ameliyat edilmesi ya da başka deyişle narkoz almış olup muvafakatine başvurulmaması gündeme gelmeyecektir¹⁵. Bunun yanı sıra, tedavi amaçlı klinik ilaç araştırmaları açısından acil bir müdahalenin gerektirdiği hallerde son çare olarak, vekâletsiz iş görmenin zorlama da olsa gündeme gelebileceği söylenebilir. Çünkü vekâletsiz iş görmenin caiz olması, farklı deyişle hukuka aykırı olmaması için müdahalenin uygulandığı kişinin menfaatine uygun, hukuka, ahlak ve adaba aykırı olmaması gereklidir. Eğer hastanın menfaatine sanılan fakat menfaatine uygun olmayan; iş sahibinin açıkça yasaklamasına rağmen;

durumu bildirmeyerek ve ısrarla bu ilacı 9 gün kullanarak mide kanaması geçirmesine sebebiyet vermesi de hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Öyle olunca rapor, dosya içeriği ile uyumamaktadır. Mahkemece davacıya uygulanan tedavide, doktor hata ve kusuru bulunup bulunmadığı, Üniversiteden seçilecek üroloji, gastroloji, dahiliye uzmanlarının bulunduğu üç kişilik bilirkişi heyetinden alınacak açıklamalı, gerekçeli, denetime elverişli raporla belirlenip, sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken, yeterli açıklamayı taşımayan bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir” (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları)

¹³ Özgül, s. 59- 68.

¹⁴ Özgül, s. 71; Doğan/Ünal, s. 166.

¹⁵ Özgül, s. 92.

hekimin kendi menfaatine yaptığı; hasta tarafından yetkili kılınmamış bir kimse tarafından hekime vekâlet verilmişse, burada gerçek olmayan vekâletsiz iş görme vardır. Böylece hasta icazet vermediği sürece hukuk aykırı olarak kalacak olan gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden farklı olarak¹⁶; gerçek vekâletsiz iş görmede hasta menfaati üstün tutulmuştur. Dolayısı ile yalnızca hastanın tedavisinin amaçlandığı tedavi amaçlı ilaç araştırmalarıyla sınırlı olarak konuya yaklaşılması gerekmektedir. Zira bilimsel amaçlı ilaç araştırmalarında, hasta veya sağlıklı gönüllünün menfaati amaçlanmamaktadır¹⁷.

3. Haksız Fiil İlişkisi

Her ne kadar gönüllü ve hekim – destekleyici arasında bir sözleşmenin varlığı genelde kabul edilse de haksız fiil ilişkisinin varlığı pek muhtemeldir ki gündeme gelebilir. Aslında taraflar arasındaki ilişkinin sözleşmeye yahut vekâletsiz iş görmeye dayanmayan bir müdahale olduğunda haksız fiil içerisinde değerlendireceğimiz gibi, hekimin veya destekleyicinin bu ilişkilerin dışına çıkarak gönüllüyü zarara uğratması bu ilişkilerin geçersizliği dolayısı ile haksız fiil sorumluluğunu doğurur. Pek tabii ki tazminat talep edecek kişiler sözleşme veya vekâletsiz iş görmeye dayanarak talepte bulunabilir, yani haksız fiil ile sözleşmeye dayanan tazminat taleplerini yarıştırabilirler. Ama bunun yanında ortada hiçbir sözleşmesel ilişki yoksa başlı başına haksız fiil hükümlerine gidilebilir¹⁸. Örneğin savaş sırasında rızası bulunmayan ve tedavi maksadı olmaksızın sırf bilime katkı sağlamak saikiyle yapılan insan üzerinde yapılan araştırmalar bu kapsamda değerlendirilmelidir¹⁹.

D. Klinik İlaç Araştırmalarındaki Aşamalar

Bir ilacın piyasaya sürülüp, tedavi ihtiyaçlarını karşılayabilmesi, uzun bir çabanın neticesidir. Bilim adamlarının uğraşları sonucu hastalığın tedavisini sağlamaya elverişli etken maddenin bulunmasıyla süreç sona ermez; aksine bir molekülün yararlı bir ilaç haline dönüşme ihtimali üzerine bulunan etkin kimyasal maddelerin keşfiyle süreç henüz başlar²⁰. Yeni bir ilacın piyasaya

¹⁶ **Tandoğan**, Haluk, “Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul, 2010.s. 682; **Tandoğan**, Haluk, Vekaletsiz İş Görme, İstanbul, 1957, s. 216.

¹⁷ **Şenocak**, s. 102- 103; **İpekyüz-Yavuz**, s. 127; **Özgül**, s. 91.

¹⁸ **Ayiter**, Nurşin, “Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli”, AÜHFD, C. XXV, S.1-2, 1968, s. 140- 141; **Özgül**, s. 88- 89; **Doğan/Ünal**, s. 166.

¹⁹ Bkz. Nazi döneminde insanlara karşı yapılan deneyler, <http://www.remember.org/educate/medexp.html>.

²⁰ **Aycan-Yerer**, Mükerrerem Betül, “İlaç Nedir? İlaç, Gıda ve Kozmetik Farkı”, Erciyes Üniver-

sunulması ve insanların tedavisi için kullanılması bu aşamaları kaydettikten sonra mümkündür. Sözümlü ettiğimiz aşamaları kısaca şöyle özetleyebiliriz.

1. Etkin Maddenin Keşfi

Keşfi planlanan ilacın kullanılacağı hastalık hakkında detaylı bilgiye vakıf olunduktan sonra, etkin bileşenin belirlenmesi ve bu bileşenin işlevini ölçecek testlerin geliştirilmesi süreci izlenir²¹.

2. Klinik Öncesi Aşama

Etkin maddenin bulunmasından sonra, maddenin etkisi, yan etkisi hakkında ön görüş sağlamak amacıyla, yeni ilaç klinik öncesi aşamadan geçirilir. Böylece insanlara uygulanacak olan denemelerde karşılaşılabilecek risk minimuma indirilmiş olur. Bu aşama dört evreden oluşmaktadır. Bu evreleri, Farmakolojik testler, hayvanlar üzerinde gerçekleştirilen farmakokinetik incelemeler, toksisite deneyleri, kimyasal ve farmasötik geliştirme evresi olarak sayabiliriz²².

3. Klinik Araştırma Aşaması

Son olarak, bulunan etkin maddenin bulunması ve uygun deney ve yerter sayıda hayvan üzerinde deneme yapılmış olması ve bu denemelerin başarıyı yakalamış olmasından sonra insanlar üzerinde gerekli araştırmalar yapılmalıdır. Bu aşama ise “klinik araştırma aşaması” olarak adlandırılır²³. Klinik araştırma aşaması ise 4 dönemden (faz) oluşmaktadır.

a) Faz I

Yeni ilacın insan vücuduyla ilk kez karşılaştığı andır. Bu dönemde ilaç genellikle sağlıklı gönüllüler üzerinde uygulanır. Ancak bazı ilaçların (örn. Kanser) özellikleri dolayısıyla hasta gönüllüler üzerinde yürütülmesi zorunludur. Gönüllüler üzerinde ilacın farmakokinetik özellikleri, toksisitesi, ilacın güvenilirliği, insan üzerindeki etkisi ve yan etkileri, ayrıca doz aralığının saptanması amaçlanır. Ayrıca araştırmaların yapıldığı mekanda, her türlü acil müdahaleye elverişli desteğin sağlanabilmesi ve araştırmaya uygun labora-

sitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, s.4; **Petek**, 132.

²¹ **Aycan-Yerer**, s. 5; **Petek**, s. 132.

²² **Hakeri**, (makale), s. 304; **Petek**, s. 132; **Aycan-Yerer** s. 5; **Çağlayan**, Ramazan, “İlaç Araştırmalarında Etik Kurallar ve Kurullar”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım, Ankara, s. 364.

²³ **Hakeri**, (makale), s. 304; **Petek**, s. 133; **Aycan-Yerer**, s. 6.

tuarların varlığı gereklidir. Bu dönemde denenen ilaçların %70'i bir sonraki dönemin araştırma konusunu oluşturacaktır. Faz I ortalama 20- 100 gönüllü üzerinde uygulanıp, aşağı yukarı 2 yıl sürmektedir²⁴.

b) Faz II

Yeni ilacın hasta gönüllüler üzerindeki etkileri bu dönemde belirlenir. Az sayıda hasta gönüllü üzerinde ilacın etkileri, doz sınırı, güvenilirliği, yan etkileri araştırılır. Çalışmalar çok katı kurallara bağlı olarak 100- 300 hasta gönüllü üzerinde uygulanır. Bu dönemde ilacın kısa süreli kullanımında ortaya çıkan yan etkiler ve riskler tespit edilir. Araştırmanın süresi ortalama 2 yıldır²⁵.

c) Faz III

Ruhsatlandırılmadan önce deneme konusu ilacın insanlar üzerinde son kez araştırıldığı evredir. Bu evre ilacın piyasaya sürülmesinde önceki evre olduğu için çok sayıda insan üzerinde uygulanarak etkinliğinin, yarar veya yan etkilerinin belirlenmesinde son şanstır. İlk iki evrede başarıya ulaşmış ilaçlar, artık bu evrede daha geniş bir hasta gönüllü kitlesi üzerinde, denenir. Böylece yeni ilacın etkinliği, güvenliği, yeni bir endikasyon araştırması, farklı dozları, yeni verilmiş yolları ve yöntemleri, ilacın hastaların üzerindeki uzun kullanımı nedeniyle ortaya çıkacak etkilerinin denendiği ve bilgi edinildiği dönemdir. Genellikle 3- 4 yıl süren uzun bir süreç olsa da aynı anda birden fazla merkezde yapılarak süre kısaltılabilir. Böylece elde edilen veriler hekimler için bilgilendirme kılavuzlarına konulur. Bu evrede yeterli başarı sağlanıp, kafi derecede ilaç hakkında bilgi edinilmesi üzerine ise, artık ilaca ruhsat verilmesi için yetkili mercilere²⁶ başvurulur²⁷.

d) Faz IV

Ruhsatlandırılan ilacın uzman hekimler tarafından hastalara uygulatarak, önceki denemelerde ortaya çıkmamış uzun kullanımlar sonucunda çıkabilecek yan etkileri, hastanın yaşam kalitesine olan etkisi, risk faktörlerinin saptanması amacıyla geçirilen süredir. Bu son evreyle ilacın başarısı hakkında kesin bir kanaate varılır. Edinilen yeni bilgiler ışığında prospektüste değişik-

²⁴ **Petek**, s. 134; **Özgül**, s. 36; **Hakeri**, (makale), s. 305); **Aycan- Yerer**, s. 7; **Ozanoğlu**, Hasan Seçkin, "Hasta ve Gönüllü Hakları Açısından İlaç Araştırmalarında Hukuki Sorumluluk", II. Sağlık Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara s. 381.

²⁵ **Petek**, s. 134; **Ozanoğlu**, s. 382.

²⁶ Yetkili merci TC. Sağlık Bakanlığı İlaç Eczacılık Genel Müdürlüğüdür.

²⁷ **Doğan/Ünal**, s. 154; **Aycan- Yerer**, s. 7-8; **Petek**, s. 135.

likler yapılabileceği gibi, ilacın uzun kullanımlar sonucu ortaya çıkardığı yan etkileri nedeniyle ilaç piyasadan kaldırılabilir²⁸.

E. Klinik İlaç Araştırmalarında Aranan Şartlar

1. Fayda ve Zarar Arasında Orantı

İlaç araştırmasına rıza gösteren gönüllünün yaşamı, sağlığı ve vücut bütünlüğü pahasına araştırmanın yapılması mümkün değildir. Zaten araştırma, klinik öncesi araştırmalardan, uygun ve yeterli derecede hayvan üzerinde başarılı olmuş ilaçlar insanlar üzerinde denenebilecektir. Kişinin katlanacağı külfetin, araştırmadan hedeflenen yarardan fazla olması, aralarında makul bir denge olmaması klinik ilaç araştırmasının yapılmasına engeldir. Klinik ilaç araştırmasının tedavi amacı veya bilimsel amaç taşıması da konunun değerlendirilmesi açısından önemlidir. Zira hasta gönüllüyü tedavi etme amacı ağır basan bir araştırma da beklenen menfaatin kişinin sağlığı olması, faydanın ağırlığını artırır. Öte yandan bilime hizmet etmek, kamusal bir yarar uğruna kişiyi ağır bir zarara maruz bırakmak hukukun koruyacağı bir uygulama değildir. Dolayısı ile bu denge somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmeli ve iyi korunmalıdır²⁹.

KAHY m. 5/a hükmü de fayda ve zarar oranını açıkça düzenlemektedir. *“Araştırmadan beklenen bilimsel faydalar ve kamu menfaati, araştırmaya iştirak edecek gönüllü sağlığından veya sağlığı bakımından ortaya çıkabilecek muhtemel risklerden ve diğer kişilik haklarından daha üstün tutulamaz. Elde edilecek faydaların araştırmadan doğması muhtemel risklerden daha fazla olduğuna Etik Kurulca kanaat getirilmesi halinde, kişilik hakları gözetilerek*

²⁸ **Hakeri**, (makale), s. 306; **Doğan/Ünal**, s. 155; **Petek**, 136.

²⁹ **Deutsch**, s. 43- 45; **Şenocak**, s. 67, “Yarar olaya ve duruma göre belirlenir. Bir iyileştirme deneyinde hasta spesifik bir ağrısı olduğunda deneyin sonunda ağrısının biteceğini umut eder. Buna rağmen hayati tehlikesi olan deneyler, hayvanlar üzerinde denenmemiş deneyler her koşulda yararın önüne geçecektir”; **Giesen**, s. 80- 81, “Ölüm tehlikesi ya da ağır hasara yol açan deneyler yasaktır. Bunun istisnasını belki deneyi gerçekleştiren doktorun kendisinin de deneye katılması oluşturur. Yeterince önemle vurgulanmamasına rağmen, kişi üzerinde tedavi amaçlı olmayan araştırmalarda, bilimin menfaati ve toplumun menfaati hiçbir şekilde deneyin veya hastanın sağlığından önce gelemez”; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 441; **Bayraktar**, s. 164; **Petek**, s. 226; **İpekyüz**, s. 101; **Hakeri**, (makale), s. 311; **Erman**, s. 228; Araştırmanın orantılılığı konusunda, bilhassa çocuklar, mahkûmlar ve tedavi edilemeyecek hastalar üzerindeki araştırmalar birçok mahkeme kararına konu olmuştur, bkz. **Orentlicher**, s. 264; **Koyuncu**, Adem, “Haftung Der Pharmaunternehmen, ärzte Kliniken und Ethik Kommissionen bei der Arzneimittelforschung Nach Deutschen Recht”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslar arası Sempozyumu, 2008, s. 558.

gönüllü oluru alınması kaydıyla Etik Kurulun ve Bakanlığın izni alındıktan sonra araştırma başlatılabilir. Araştırma ancak bu şartların devamı halinde yürütülür". Görüldüğü gibi, yönetmelik hükmü uyarınca katlanılacak zararın ağır basması halinde, araştırmaya devam edilebilmesi için gönüllünün rızası ve Etik Kurulun ve Bakanlığın iznine tabi tutulmuştur. Benzer hüküm TCK m. 90'da da belirtilmiştir; "Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre ağır basması", koşulu aranmıştır³⁰.

2. İlacın Etik Kurulca Onayı

Etik kurul, yapılan araştırmanın yöntemini, gönüllülerin karşılaşacağı etik olmayan, güvenliksiz denemelerden uzak tutulmayı hedefler. Yaptığı incelemeler sonucunda gönüllülerin haklarını tehlikeye atmayan kişilere faydalı araştırmaların yapılmasına onay verir, bu onay olmadan araştırmanın yapılması mümkün değildir³¹. Etik kurulun, klinik araştırmalar için bir şart olması, Helsinki Bildirgesi'nde de yer almıştır. Şöyle ki, önemsiz, ciddi faydalar sağlamayan araştırmalar karşısında gönüllünün kendi menfaatinin riske atılmasının engellenmesini garantileme amacını haiz olduğunu belirtilmiştir³².

Türk hukuku açısından da, Biyotıp Sözleşmesi m. 16/ iii ve TCK m. 90 dâhilinde söz konusu şart yer almıştır. Etik kurulunun görüşünün ardından, Sağlık bakanlığının vereceği karar ile araştırmaya başlanır³³. Dolayısı ile etik kurulunun kararı bağlayıcı değildir.

3. Araştırma Mesleğinde Yetkin Hekimlerce Uygulanmalıdır

Bir kişiye yönelik tıbbi bir müdahale uygulanabilmesi için, uygulamayı yapacak kişilerin hekim veya sağlık personeli olması aranmıştır³⁴. Klinik araştırma veya klinik ilaç araştırmalarında ise, tedavi amacı gütsen bile tıbbi müdahaleye oranla araştırmanın uygulanacağı kişinin katlanacağı külfetin daha ağır olması göz önünde bulundurulduğunda daha sıkı şartlara bağlanmaya muhtaçtır. Çünkü ister tedavi amacı gütsün isterse bilimsel amaçlı olsun, nihayetinde araştırmaya yönelik bir müdahaledir. KAHY m. 4 sorumlu araştırmacı başlığı

³⁰ Helsinki Bildirgesi m. 5 "İnsanlar üzerindeki tıbbi araştırmalarda insan deneklerinin sağlığı, bilim ve toplumun menfaatinden önce gelmelidir".

³¹ Çağlayan, s. 371 vd..

³² Penning, s. 296.

³³ Doğan/Ünal, s. 158.

³⁴ Penning, s. 297.

altında “Araştırma konusu ile ilgili uzmanlık dalında eğitimini tamamlamış ve araştırmanın yürütülmesinden sorumlu olan hekim ve ya diş hekimini...” diyerek klinik ilaç araştırmasını yürütecekleri belirtmiştir. Ayrıca KAHY m. 20/a “klinik tıp doktoru veya diş hekimi bir sorumlu araştırmacının başkanlığında, araştırmanın niteliğine uygun bir ekiple yürütülür. Sorumlu araştırmacının, araştırma konusu ile ilgili uzmanlığını veya doktorasını tamamlamış olması” gerektiğini belirtmiştir³⁵.

4.Gönüllünün Aydınlatılmış Rızası

a) Genel Olarak

Gönüllü kavramında da anlaşılacağı üzere, klinik ilaç araştırmalarının kişiler üzerinde uygulanabilmesi için kişinin mutlaka rıza göstermesi gereklidir. AY m.17/2’de “hiç kimsenin rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz” hükmü öngörülmüştür. Fakat araştırmanın uygulanacağı kişinin rızasının, uygulanacak müdahalenin kapsamı, sonucu, müdahale tarzı, vereceği zararları, süresi hakkında bilgi sahibi olarak ve özgür iradesi sonucu verilmesi gerekmektedir. Bilhassa olağan tıbbi müdahalelere de ilişkin aydınlatılmış rıza şartı, akıbeti muğlak olan araştırmalarda daha fazla önemlidir ve bilgilendirmenin kapsamı daha geniş tutulmalıdır³⁶. Gönüllünün aydınlatılmış olarak vereceği rıza mutlaka yazılı olarak verilmelidir. Aydınlatılmış olan rızayı veren gönüllü, vereceği rızanın önemini kavrayabildiği oranda araştırma konusu olur; bu da tam fiil ehliyetini gerektirir. Hastanın rıza konusundaki kabiliyeti, hekim tarafından değerlendirilmeli, şüphe halinde uygulama yapılmamalıdır. Son olarak ise, verilecek rızanın hukuka ahlaka, kişilik haklarına aykırı olamayacağı, unutulmamalıdır (TMK m.23/2)³⁷.

³⁵ Penning, s. 296.

³⁶ Ayrıntılı bilgi için Bkz. **Roggo**, Antoine, “Aufklärung Des Patienten”, Stämpfli Verlag, Bern, 2002, s. 142 vd..

³⁷ **Deutsch**, s. 45- 48; **Şenocak**, s. 46 vd.; **Temel**, Erhan, “Hekimin İlaç Tavsiyesinden Kaynaklanan Aydınlatma Yükümlülüğü”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, Kayseri, 116- 124; **Bayraktar**, s. 164; **Dural/ Öğüz**, s. 105; **Özgül**, s. 246; **Grosskopf, V/Klein**, H., Recht in Medizin und Pflege, Spitta Verlag, Balingen, s. 458; **İpekyüz**, s. 100; **Hakeri**, (makale), s. 311; **Demir**, Mehmet, “İlaç Zararlarından Üreticinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu”, II Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım, Ankara, s. 352; **Erman**, s. 227; **Giesen**, s. 81- 83, “Doppel Blind (Çift Kör), deneylerinde tedavi amacı güdülmür. Bunun için deneğin tam olarak aydınlatılması gerekir. Dolayısı ile yeni tıbbi ilacın tetkikine, deneğin özgür iradesiyle onay vermesi gerekir. Tıbbi ilaç olmayan “plasebo” lar için onayın daha az gerektiği savunulmuştur. Çünkü bu deneylerde hangi kişilere standart ilaç hangisine iyileştirici ilaç konulduğu bilinmemektedir. Ancak bu görüşün kabulü imkansızdır”; **Çilingiroğlu**, s. 54- 77; **Çakmut- Yenerer**, Özlem, Tıbbi Müdahaleye

b) Çocuk veya Kısıtlıların Durumu

Rıza ehliyetinden yoksun kişiler ise, kanuni temsilcileri aracılığıyla ilaç araştırmasına katılabilir. KAHY m. 6/c “gönüllünün olur verememesi durumunda yasal temsilci yetkili” olduğunu düzenlemiştir³⁸. Ancak kişilerin bir araştırmanın konusu haline gelmesinde hiçbir insiyatife sahip olmaması, tehlikeli bir kabullenmedir. Bu nedenle, kişilerin tabi olacakları araştırmanın ne anlama geldiğini, kapsamını, fayda ve zararını, önemini kavrayabileceklerse onların da rıza göstermesi gereklidir. Zira Helsinki Bildirgesi m. 28 “Yetkin kabul edilmeyen bir gönüllü adayı, araştırmaya katılma kararı hususunda olur verebiliyorsa; hekim, yasal temsilcinin onayına ek olarak gönüllünün oluru da almalıdır. Gönüllü adayı red kararı vermiş ise buna saygı duyulmalıdır” demiştir. KAHY’de³⁹ çocuk, kısıtlı, gebe, loğusa ve emziren kadının üzerinde araştırma yapılması, ciddi bir tehlike taşımaması ve belirtilen kişilere fayda sağlaması halinde mümkündür. Bu haller dışında yasaklanmıştır. Ama yine de KAHY’de⁴⁰ araştırmanın kapsamını algılayabilecek çocuk ve kısıtlıların araştırmayı reddedebileceği veya araştırmadan çekilebileceği belirtilmiştir⁴¹.

Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayınevi, 2002, s. 225; Koyuncu, s. 558.

³⁸ **Bucher**, Eugen, Die Austübung Der Personallichkeitsrechhte, Jris Verlag, 1956, s. 177; **Şenocak**, Zariife, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFD, 2001s. 65 vd..

³⁹ KAHY m.7, “Çocuklar üzerinde araştırma yapılamaz. Ancak araştırma konusunun doğrudan çocukları ilgilendirdiği veya sadece çocuklarda incelenebilir klinik bir durum olduğu veya yetişkin kişiler üzerinde yapılmış araştırmalar sonucu elde edilmiş verilerin çocuklarda da geçerliliğinin kanıtlanmasının zorunlu olduğu durumlarda, araştırma gönüllü sağlığı açısından öngörülebilir ciddi bir risk taşıyor ve araştırmanın gönüllülere doğrudan bir fayda sağlayacağı umuluyor ise, 5 inci maddedeki hususlar da dikkate alınmak suretiyle aşağıdaki hususlar çerçevesinde çocuklar üzerinde araştırma yapılmasına izin verilebilir”.

KAHY m. 8 “Gebeler, loğusalar ve emziren kadınlar üzerinde araştırma yapılamaz. Ancak araştırma konusunun doğrudan gebe, loğusa veya emziren kadınları ilgilendirmesi veya sadece gebe, loğusa veya emziren kadınlarda incelenebilir klinik bir durum olması durumunda, araştırma gönüllü sağlığı açısından öngörülebilir ciddi bir risk taşıyor ve araştırmanın gönüllülere doğrudan bir fayda sağlayacağı umuluyor ise, 5 inci maddede belirtilen hususlar da dikkate alınmak suretiyle aşağıdaki hususlar çerçevesinde gebeler, loğusalar ve emziren kadınlar üzerinde araştırma yapılmasına izin verilebilir”; **Deutsch**, s. 85, “Çok ağır hasta olan kişiler üzerinde ne basit ne de doppel blind deneyi uygulanabilir. Eğer hastalığın bu deney nedeniyle ağırlaştığı ya da ortaya çıktığı ispat edilirse hekim sorumludur”.

⁴⁰ KAHY m. 7/a, “Çocuk kendisine verilen bilgi hakkında değerlendirme yapabilecek ve bu konuda bir kanaate varabilecek kapasitede ise, araştırmaya iştirak etmeyi reddetmesi veya araştırmanın herhangi bir safhasında araştırmadan çekilme yönünde istekte bulunması durumunda araştırmadan çıkarılır”. KAHY m.9

⁴¹ **Özgül**, s. 309; **Dural**, Mustafa/ **Öğüz**, Tufan, Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, 9. Bası, İstanbul, 2009, s. 105; **Orentlicher**, s. 248.

5. Gönüllü Hakkında Ayrıntılı Bilginin Alınması

Klinik araştırmaya muhatap olacak kişinin, kişisel özellikleri ve bünyevi istidadı bilhassa yapılacak uygulamanın yarar ve sakıncalarını değerlendirmek açısından önem taşır. Böylece kişi hakkında ayrıntılı olarak bir takım verilerin kaydedilmesi zorunludur. Hangi tip bilgilerin, alınacağı ise, Tabipler Birliği veya Etik Komisyonunca, uygulanacak olan araştırmanın niteliğine göre değerlendirilmelidir⁴².

III. HUKUKİ SORUMLULUK

A. Tazminat Sorumluluğunun Sebepleri ve Şartları

1. Sözleşme ve Sözleşme Dışı Sorumluluk

İlaç denemelerinin tek yaptırımı ceza hukuku bakımından ilgililerin cezalandırılması değildir, ayrıca tazminat sorumluluğu da özel hukuk bakımından bir başka yaptırımı oluşturur. Klinik ilaç araştırmalarının hukuki niteliğini incelerken de gördüğümüz gibi tarafların arasındaki ilişki bir sözleşmeye veya haksız fiile dayanabilecektir. Bu durumun pratikteki faydası ise sorumluluğun hangi temele dayandırılacağına çözümünü ortaya koymasıdır. Başka bir deyişle taraflar arasında sözleşme ilişkisinin var olduğu hallerde sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumluluğa gidilmeli ya da haksız fiile ilişkin hükümlerle yarıştırmalıdır. Buna rağmen ortada hiçbir sözleşme yoksa salt haksız fiile dayanan sorumluluk gündeme gelmelidir. Bununla birlikte, vekâletsiz iş görmeye dayalı olarak da sorumluluğun gündeme gelebileceğini, çalışmamızın başında değinmiştik. Yaptığımız bu kısa açıklamadan sonra, şimdi her bir tür sorumluluğu ayrıca ele alalım.

a. Sözleşme Sorumluluğu

Araştırmacı ve gönüllü arasında sözleşme ilişkisinin varlığı halinde, araştırmacı ki genelde destekleyici olan ilaç firmasının sözleşmenin esaslı koşullarına aykırı davranması ve sözleşmenin kendisine yüklediği borçları yerine getirmemesi halinde BK m.96 bağlamında sözleşmeye dayalı bir sorumluluğu söz konusudur. Öncelikle araştırma sözleşmesinin şartlarına uygun bir araştırmanın yürütüleceği açıktır. Bu nedenle yalnızca uygun ve yeterli hayvanlar üzerinde birden fazla denemeden geçmiş, başarısı tespit edilmiş ilaçlar; kişiyi ağır zarara uğratmayacak, kişinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak,

⁴² Penning, s. 297.

etik kurullarının izniyle, hekim aracılığıyla uygulanan denemeler araştırma sözleşmesine aykırılık arz etmez.. Denemeyi yapan hekim ise ifa yardımcısı olacaktır. Dolayısı ile destekleyici BK m. 100 kapsamında, hekimin sözleşmeye aykırılığından kusursuz sorumlu olacaktır. Araştırmacının, gönüllünün hayatını tehlikeye atacak, vücudunda veya sağlığında kalıcı hasarlar bırakacak, henüz etkisi hakkında yeterince bilgiye ulaşılmamış denemeler sözleşme sorumluluğunu doğuracaktır⁴³.

Sözleşmesel sorumluluğun gündeme gelebilmesi için, sözleşmeye aykırı davranışların yanı sıra, araştırmacının sözleşmeye aykırı davranışa kusurluyla sebebiyet vermiş olmalıdır. Araştırmacının kusurlu davranması, sözleşmeye aykırı davranışı bilerek veya bilebilecek durumda işlemesi olarak tanımlanabilir. Yahut bu sonucun meydana gelmesini istemese dahi gerekli özen ve dikkati göstermeyerek yine aynı sonuca sebebiyet vermiş olabilir. Özellikle insan sağlığını yakinen ilgilendiren ilaç araştırmaları veya ilaçsız araştırmalarda hem destekleyicinin hem de hekimin gereken özen ve dikkati göstermesi; beklenir. Zira gönüllü katlanmak mecburiyetinde olmadığı bir tehlikeye katlanmaktadır. Bu nedenle araştırmaların yapılması sırasında gereken tüm bilim ve tekniğin gelişimine paralel olarak önlemler alınmalıdır. Klinik ilaç araştırmalarında bilinmeyen bir alanda hareket edilmesi ise, diğer tıbbi müdahalelere göre bilim ve teknik açıdan gelişimin değerlendirilmesinde elbette bir takım farklılıkları ortaya çıkaracaktır. Başka bir deyişle araştırmacının kusurunu incelerken ve gerekli önlemlerin alınıp alınmadığına bakılırken, yeni bir ilacın uygulanıyor olması gözden uzak tutulmamalı ve gönüllünün karşılaştığı zarar ve faydaları iyi tartmalı, araştırmacı ilacın yan etkilerini, kullanımını, dozunu detaylı incelemiş ve normal düzeyde sağlığa sahip bir hastaya uygun önlem almalıdır⁴⁴. Ayrıca gönüllünün yeterince aydınlatılmamış olması veya kullanım kılavuzunun eksikliği özen yükümünün yerine getirilmemesi nedeniyle araştırmacının kusuruna eklenebilir⁴⁵. Çalışmamızın devamında da görüleceği üzere, tazminat talebinde bulunan davacının sorumluluğu sözleşmeye dayandırması halinde, kusurun davacı tarafından değil, davalıca kusursuzluğunun ispatı biçiminde tezahür etmektedir⁴⁶.

⁴³ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Beta Yayınevi, 6. Bası, İstanbul, 1998, s. 458; 74- 97, 100; Koyuncu, s. 561.

⁴⁴ Petek, s. 82- 83.

⁴⁵ Petek, s. 83.

⁴⁶ Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut, Borçlar Genel Hukuku, s. 310; Özgül, s. 90.

Sözleşmesel sorumluluk için diğer koşullar ise; gönüllünün veya tazminat talebinde bulunabileceklerin zarara uğramaları ve zarar ile sözleşmeye aykırı uygulanan klinik ilaç araştırması arasında nedensellik bağının varlığıdır. İlaç araştırması gönüllünün bizzat hayatına, sağlığına yönelik zararlar doğuracağı gibi, gönüllünün hayatını kaybetmesiyle ölenin yakınlarının, mirasçılarının maddi manevi zararları doğuracaktır. Sözünü ettiğimiz zararlar, ilaç araştırması neticesinde meydana geliyorsa ve davacı deneme sözleşmesini, zararı, sözleşmeye aykırılığı, nedensellik bağını da ispatlayabiliyorsa; zararın tazminini talep edebilecektir.

b) Sözleşme Dışı Sorumluluk (Haksız Fiil Sorumluluğu)

Araştırmacı ve gönüllü arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi yoksa gönüllü uğradığı zararı haksız fiil hükümleri uyarınca tazmin edecektir. Çalışmamızın başlangıcında da belirttiğimiz gibi, taraflar arasında sözleşme ilişkisinin varlığı haksız fiil hükümlerine gitmesine engel değildir. Zira sözleşme ilişkisinin aşılmasıyla, geçersiz hale gelen sözleşme nedeniyle sorumluluk haksız fiil sorumluluğuna dönüşür. Araştırmanın hekim aracılığıyla yürütülmesi nedeniyle, destekleyici ile gönüllü arasında haksız fiil ilişkisi varsa; artık hekimin davranışlarından dolayı destekleyici BK m.55 uyarınca sorumlu olacaktır⁴⁷.

Haksız fiil sebebiyle araştırmacının sorumlu olabilmesinin şartları ise kısaca, hukuka aykırı olumlu ya da olumsuz bir davranışla, kusurlu olarak, gönüllü veya yakınlarına zarar vermiş olması ve hukuka aykırı davranış ile zarar arasında nedensellik bağının bulunmasıdır⁴⁸.

c) Sorumluluğa İlişkin Hükümlerin Yarışması

Davacının tazminat talebinde bulunabilmesi için karşısında iki alternatifin olması, bir yanda haksız fiile dayalı sorumluluğa gidilebilmesi, diğer yanda sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurulabilmesi imkânsız değildir. Ancak davacı iki yoldan birini seçmelidir. Çünkü hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil nedeniyle araştırmacının çifte sorumluluğuna gidilemez. Yapılması gereken her iki imkânın dezavantaj ve avantajlarının iyi değerlendirilip, hükümlerin yarıştırılması gereklidir. Haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu arasında ispat yükü, zamaşımı ve yardımcı kişilerin sorumluluğuna ilişkin farklılık mevcuttur⁴⁹. Şimdi bu farklılıklar üzerinde duracağız.

⁴⁷ Şenocak, s. 110- 115; Özgül, s. 89; Koyuncu, s. 563.

⁴⁸ Şenocak, s. 110- 155; Tiftik, Mustafa, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Yetkin Yayınevi, 1994, 45- 60.

⁴⁹ Oğuzman/ Öz, s. 365; Özgül, s. 90; Ayan, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki

aa. İspat Yükü Yönünden Farklılıklar

Davacının sözleşmeye bağlı olarak tazminat talebinde bulunması halinde ispat yükümlülüğü daha hafiftir. Davacı deneme sözleşmesine aykırılığı zararı ve nedensellik bağıını ispatlayarak yükümlülüğünü yerine getirmiş olur. Davacının kusuru ispat etmesine gerek yoktur. Ancak davalı kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulur⁵⁰. Zira BK m. 96 hükmü davalının kusursuzluğunu ispatlaması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Buna göre, “*Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur*”.

Haksız fiil hükümlerine gidildiğinde ise, ispat yükü davacı aleyhindedir. Davacının haksız fiil sebebiyle araştırmacının sorumluluğuna gidebilmesi için, hukuka aykırı davranışı, zararı, nedensellik bağıını ve üstüne üstlük araştırmacının kusurunu da ispat etmesi gerekmektedir⁵¹.

bb. Zamanaşımı Yönünden Farklılıklar

Sözleşmenin ihlaline dayanan taleplerde zanaşımı hükmü BK m.125 uyarınca beş ila on yıldır. Haksız fiile ilişkin zanaşımı ise, BK m. 60 uyarınca bir ila on yıldır. Ancak haksız fiilin ceza hukuku kapsamında bir suç teşkil etmesi, suça ilişkin ceza zanaşımının uygulanmasını gerektirir. Dolayısı ile suç teşkil etmediği sürece, sözleşmenin ihlalinden doğan sorumluluğun zanaşımı daha uzundur⁵².

cc. BK m. 55 veya BK m.100'ün Uygulanması (YBK. m.66- YBK m.116)

İlaç araştırmalarının hekimler aracılığıyla yürütülüyor olması, hekimin konumunu ve ne şekilde bulunduğu davranışlardan sorumlu olacağını irdelemesini gerektirir. Davacının her iki sorumluluğa ilişkin hükme gitme fırsatı varken; elverişli olan yolun seçilmesinin zorunluluğu yanı sıra; destekleyici ile hekim arasındaki ilişkinin hangi hükme dayanacağını da tespiti önemlidir.

Her iki hükümde, bir kişinin, başka bir kişinin davranışları nedeniyle kusuru olmasa da sorumluluğunu gündeme getiren düzenlemelerdir. Ancak

Sorumluluk, Ankara, 1991, s. 62.

⁵⁰ Eren, s. 600; Şenocak, s. 15; İpekyüz- Yavuz, s. 125.

⁵¹ Oğuzman/Öz, s. 367; Şenocak, s. 15; İpekyüz- Yavuz, s. 125.

⁵² Oğuzman/Öz, s. 367; Eren, s. 601; Özgül, s. 90; Doğan/Ünal, s. 166; Şenocak, s. 16; İpekyüz- Yavuz, s. 127.

sorumluluğu ortaya çıkaran zarar veren davranıştan ötürü zarar gören kişi ile yardımcı kişiyi kullanan kişi arasında sözleşme ilişkisinin varlığı BK m. 100'ü, sözleşme ilişkisinin olmaması BK m. 55'i uygulamayı gerektirir. Böylece daha öncede belirttiğimiz gibi, sözleşme ilişkisinin ihlali, ayrıca haksız fiil olacağından, hükümler arasında yarışmayı sağlarken; tek başına haksız fiil teşkil eden bir davranışta ise, haksız fiil sorumluluğuna yol açar. Ama hangi hükmün seçildiğinin, yardımcı kişiyle ifayı gerçekleştiren şahsın sorumluluğunun kapsamı açısından büyük önemi haizdir⁵³.

Öncelikle BK m.55 uyarınca, istihdam edenin kurtuluş karinesi getirmesi mümkün olduğunu ifade etmeliyiz. İstihdam eden, zararın meydana gelmemesi için, durumun gerektirdiği tüm dikkat ve itinayı gösterdiğini ya da bu dikkati gösterdiği halde zararın meydana geleceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulacaktır. Ancak BK m. 100 kurtuluş karinesine engeldir. Buna göre adam çalıştıran, sorumluluktan kurtulabilmek için, yardımcı kişinin yerine geçip aynı davranışta bulunsaydı kendisine kusur yükletilebilecekse, o takdirde sorumlu olacağını, aksi halde sorumluluğuna gidilemeyeceğini iddia ve ispat edebilir⁵⁴. Ayrıca her iki hüküm arasında zamanaşımı bakımından da farklar mevcuttur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, sözleşme sorumluluğuna dayanan BK m. 100 on yıllık zamanaşımına tabidir. Ama BK m. 55'de zamanaşımı 1 yıla sınırlıdır⁵⁵. Son olarak ise, BK m. 100 ile sorumsuzluk anlaşmaları yapmak mümkünken, BK m.55'de önceden sözleşme ilişkisinin olmaması, anlaşmanın yapılmasına engeldir⁵⁶.

Yapılan bu açıklamaların ardından ise konumuzla ilgili, Yeni Borçlar Kanunu kapsamında nelerin değiştiğine göz atmak faydalı olacaktır. İlk olarak, YBK m. 60 EBK'da yer almayan bir düzenlemeye yer vermiştir. Şöyle ki, buna göre, sorumluluk sebeplerinin yarışması durumunda, hâkimin zarar gören farklı bir talepte bulunmadıkça veya kanunda farklı çözüm olmadık-

⁵³ Eren, s. 600; Tandoğan, s. 450;Şenocak, s. 15; İpekyüz, s. 126.

⁵⁴ Eren, s. 600; İpekyüz- Yavuz, s. 126.

⁵⁵ YBK m. 72, zamanaşımını, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıl olarak düzenlenmiştir.

⁵⁶ Tandoğan, s. 451; Şenocak, s. 15- 16; fakat YBK m. 116'da ise, sorumsuzluk anlaşması yapma imkânı, oldukça kısıtlanmıştır. Eskiden, borçlunun yardımcı kişilerin hafif kusurundan sorumlu olmayacağı belirtilmişken; şimdi uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebildiği takdirde, hafif kusur halinde bile sorumsuzluk anlaşmasının mümkün olmayacağı belirtilmiştir.

ça, en iyi tazminat imkânını sağlayan sorumluluk sebebinin seçmesi gerektiği belirtilmiştir. Öte yandan, EBK m.55(YBK m.66) istihdam eden, çalışanı “seçmede”, “talimat vermede”, “gözetim ve denetimde” gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabileceği açıkça düzenlenmiştir. Eski kanunda bu üç unsura yer verilmemiştir.

2. Vekâletsiz İş Görme Nedeniyle Sorumluluk

Gönüllünün rızası olmadan, gönüllü hesabına tasarrufta bulunan araştırmacının, gönüllünün menfaatine ve varsayılan rızasına uygun bir müdahalede bulunması zorunludur. Araştırmacının göstermekle yükümlü olduğu tüm dikkat ve özeni göstermesi gereklidir. Bilhassa gönüllünün varsayılan rızasına en uygun müdahalede bulunmalıdır⁵⁷. Ancak özellikle ilaç araştırmalarında, vekaletsiz iş görmenin kişinin menfaatine yönelik olması nedeniyle yalnızca tedavi amaçlı ilaç araştırmalarında gündeme gelmesi söz konusudur. Aslında vekaletsiz iş gören araştırmacı, araştırmayı, gönüllünün menfaatine ve varsayılan rızasına göre yapması gerekir. Oysaki tedavi amaçlı ve bilimsel amaçlı ilaç araştırmalarında, hem böyle bir iradenin tahmini mümkün değildir; hem de sonucun gönüllü lehine olacağına ilişkin şüpheler bir hayli fazladır. Ancak tedavi amaçlı klinik ilaç araştırmasında, hastanın tedavisi için başka bir çarenin olmadığı hallerde ve hastanın rızasına başvurulamayacak hallerde, vekaletsiz iş görmeden bahsedebiliriz. Bununla birlikte bilimsel ilaç araştırmalarında, gönüllünün rızası hilafına araştırmayı yapan, gönüllü BK m. 411/3 uyarınca meydana gelen bütün zararlardan ve hatta kazadan bile sorumlu olacaktır. Son olarak, sorumluluğu hafifleten BK . m.411/2 hükmü, her ne kadar öğretici tarafından özellikle hekimin olağan tedavi yöntemleri açısından tipik uygulama alanı oluşu söylene de klinik araştırmalar açısından uygulanması çok sakıncalıdır. Çünkü ilkinde hastanın sağlığı ve yaşamı gibi önemli bir değer korunması amaçlanmakta; diğerinde tedavi amacı bile güdülse nihayetinde akıbeti belli olmayan bir yöntem uygulanmaktadır ve büyük riskler taşıyabilir⁵⁸.

B. Sorumluluğun Süjesi

İster sözleşmesel olsun isterse haksız fiil sorumluluğu olsun, her şeyden önce araştırmayı destekleyen ilaç firması gönüllü ve başkaca tazminat alacak-

⁵⁷ Deutsch, s. 48.

⁵⁸ Eren, s. 600; Şenocak, s. 106; Tandoğan, s. 450- 451; Özgül, s. 167; İpekyüz- Yavuz, s. 127.

lısına karşı sorumludur. KAHY m. 4/i “Bir klinik araştırmanın başlatılmasından, yürütülmesinden veya finanse edilmesinden sorumlu olan kişi, kurum veya kuruluşu; araştırmacının destekleyicisi yoksa çok merkezli klinik araştırmalarda araştırma koordinatörünü, münferit araştırmalarda ise sorumlu araştırmacıyı” diyerek tanıma yer vermiştir. Yine uygulamanın hekim tarafından uygulanması nedeniyle hekimde sorumluluğun diğer bir süjesi ve ifa yardımcısıdır⁵⁹. Bu konuda BK m. 55 ve 100 konusunda yaptığımız açıklamalarda da belirttiğimiz gibi, destekleyicinin gönüllü ile arasındaki ilişki, ifa yardımcısı hekimin davranışlarından dolayı sorumluluğunun kapsamını ortaya koyar.

Araştırmanın yapıldığı merkez de, sorumluluğun bir diğer tarafıdır. Eğer devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin işlettikleri hastanelerde araştırma yapıldıysa; idare hukukunun kurallarına tabi olarak, gönüllü zararın tazminini ister. Ama özel sağlık kuruluşlarına ait bir merkezse sorumluluk, yine özel hukuk kurallarına bağlı olarak gündeme gelecektir. Zira klinik araştırmanın yapılacağı merkez ve hastanenin özellikleri, gerekli şartları taşıyıp taşımadığı araştırma formunun bir parçası olarak düzenlenmelidir⁶⁰. Ayrıca Bakanlıktan izin almış merkez ve hastanelerde bu araştırmalar yürütülebilir. Gönüllü hekim ve hastane ile aynı anda sözleşmeyi yapabileceği gibi; ayrıca hastaneye bir sözleşme imzalayabilir (tam hastaneye kabul sözleşmesi). Tam hastaneye kabul sözleşmesinin doğan hak yükümlülükler açısından önemi; daha geniş yükümlülükleri kapsamada yatmaktadır (örn: barındırma, hastane bakımı, yeme- içme). Bu nedenle hem tek ve bağımsız bir sözleşme olması hem de daha geniş yükümlülükler içermesi nedeniyle daha geniş bir sözleşme sorumluluğu kapsamaktadır⁶¹.

C. Sorumluluk Sigortası

Alman Hukukundaki sorumluluğa ilişkin sigorta zorunluluğu, bizim hukukumuz açısından mevcut düzenlemelerde yer bulmuş değildir. Alman

⁵⁹ **Ozanoğlu**, s. 380.

⁶⁰ KAHY m. 16, “Biyoyararlanım ve biyoeşdeğerlik çalışmaları yapmak amacıyla kurulmak istenen özel veya kamuya ait merkezlere izin almak için ilgili kılavuzlarda belirtilen bilgi ve belgelerle birlikte Bakanlığa başvuruda bulunulur. Başvurunun yapılmasını takip eden doksan gün içerisinde, İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü tarafından çalışma yerlerinde gerçekleştirilecek denetimlerde başvuruda sunulan bilgi ve belgelerin doğruluğunun kanıtlanması ve araştırma yerinin gerekli şartlara sahip olduğunun tespit edilmesinden sonra Bakanlık çalışma yeri için izin verir”.

⁶¹ **Özgül**, s. 58- 59; **Savaş**, Halide, Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ankara, 2007, s. 296; **Koyuncu**, s. 567.

İlaç Kanunu (AMG), §. 40'da deneme yapılacak kimsenin yaşam, vücut bütünlüğü, sağlığına gelecek zararlara karşı sigortalanacağı belirtilmiştir⁶². Türk Hukukunda ise, Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına İlişkin Düzenleme kapsamında, özellikle her türlü deney ve araştırmadan doğan tazminat talepleri, hilafına sözleşme olmadığı hallerde kapsam dışında bırakılmıştır. Her ne kadar, KAHY m.11/ç'de "gönüllüler için yapılacak sigorta sertifikası veya poliçenin kapsamı" değerlendirilecek ise de yasal sorumluluk dışında tutulmuştur⁶³.

SONUÇ

Bilimsel faaliyetler, teknolojik çabaların hepsi insanlığın daha rahat bir yaşam sürmesini amaçlar. Daha rahat, daha uzun ve sağlıklı bir yaşam için gösterilen çabalarında kanaatimce en önemlilerinden biri yeni tedavi yöntemlerinin ve ilaçların bulunabilmesi için yürütülen klinik araştırmalardır. Ancak ister tıbbi araştırmalar isterse ilaç araştırmaları olsun, her ikisi de insanların menfaatine olduğu gibi, zararlıdır da. Çünkü yapılan çalışmaların elbette bir aşamasında, insanlarca denenmesi gerekmekte; ama uzun yıllarca kullanılan ilaç ve tedavilerin yıllar sonra gösterdiği yan etkiler dikkate alındığında; insanlara zararlar verebilmektedir. Ne var ki bu süreç bir zorunluluktur. Öğretide bu nedenle yoğun tartışmalar konu olmuş ve fikir birliğine varılamamıştır.

Ülkemiz açısından en büyük sorun ise, ceza hukuku açısından getirilen düzenlemenin çok yakın bir tarihte yürürlüğe girmesi ve özel hukuk açısından kanuni açıdan bir düzenlemenin olmaması ve sorunların yönetmelikler aracılığıyla çözüme kavuşturulmaya çalışılmasıdır. Oysaki modern hukuk düzenlemelerine baktığımızda, özel düzenlemelerle sorunların aşıldığı görülmektedir. Bu nedenle öğretilerdeki tartışmalar doğrultusunda düşünüldüğünde, tıbbi araştırmayı veya ilaç araştırmasını yadsıyıp görmezlikten gelmek yerine, sıkı koşullara bağlı olarak yapılacak araştırmalara kapı aralamak daha doğrudur. Böylece kişisel değerler ve tıbbi gelişme arasında menfaat dengelenmiş olur. Öte yandan araştırmaya katılanların sigortalanması açısından yasal bir zorunluluğun olmayışı çok büyük bir eksikliklerdir. Bu eksikliğin tez elden giderilmesi, kişilerin zarar mağduriyetlerinin giderilmesi için gereklidir.

⁶² Klein, s. 463.

⁶³ İpekyüz- Yavuz, s. 149- 151; Ozanoğlu, s. 384; Özgül, s. 31.

KAYNAKÇA

- Ayan**, Mehmet; Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991
- Aycan Yerer/ Mükerrerem Betül**; “İlaç Nedir? İlaç, Gıda ve Kozmetik Farkı”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009.
- Ayiter**, Nurşin; “Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli”, AÜHFD, C. XXV, S.1-2, 1968, . 137- 144. Ayan Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991, s. 62 vd..
- Bucher**, Eugen; Die Ausübung Der Persönlichkeitsrechhte, Zürich,1956.
- Çağlayan**, Ramazan; “İlaç Araştırmalarında Etik Kurallar ve Kurullar”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım, Ankara.
- Çakmut- Yenerer**, Özlem; Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, 2002.
- Çilingiroğlu**, Cüneyt; Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, 1993.
- Demir**, Mehmet; “İlaç Zararlarından Üreticinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu”, II Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım, Ankara, s. 352 vd..
- Deutsch**, Erwin; Das Recht der Klinischen Forshung am Menschen, Bern, 1979.
- Doğan**, Murat/Ünal, Akın; “İnsanlar Üzerinde İlaç Deneyleri ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kayseri, 8-9 Mayıs 2009, s. 153 vd..
- Dural**, Mustafa/ **Öğüz**, Tufan,;Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2009.
- Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul, 1998.
- Erman**, Barış; Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayınevi, Anara, 2003,
- Tandoğan, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul, 2010.

- Giesen**, Dieter; Artzhaftungsrecht, Bielefeld, 1981.
- Grosskopf**, V/Klein, H; Recht in Medizin und Pflege, Balingen; 2007.
- Hinderling**, Hans; Persönlichkeit und Subjektives Recht, Die Aertzliche Aufklärungspflicht., Helbing& Lichtenhahn, Basel, 1963.
- Koyuncu**, Adem; “Haftung Der Pharmaunternehmen, ärzte Kliniken und Ethik Kommissionen bei der Arzneimittelforschung Nach Deutschen Recht”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslar arası Sempozyumu, 2008.
- İpekyüz- Yavuz**, Filiz; Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, 2006.
- Penning**, Randolph; “Rechtsmedizin Systematisch”, Bremen- London- Boston, 2006.
- Petek**, Hasan; İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2009.
- Roggo**, Antoine; “Aufklärung Des Patienten”, Bern, 2002.
- Orentlicher**, Hall Bobinski; “Medical Liability and Treatment Relationships”, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2008.
- Ozanoğlu**, Hasan Seçkin; “Hasta ve Gönüllü Hakları Açısından İlaç Araştırmalarında Hukuki Sorumluluk”, II. Sağlık Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara.
- Özgül**, Mehmet Emin; Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İzmir, 2010.
- Savaş**, Halide; Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ankara, 2007.
- Şenocak**, Zariife; “Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu”, Ankara, 1998.
- Şenocak**, Zariife; “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFD, 2001, s. 65 vd..(Makale).
- Tandoğan**, Haluk; Vekaletsiz İş Görme, İstanbul, 1957.
- Tandoğan**, Haluk; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara, 1987. (Borçlar Özel)

Tandoğan, Haluk; Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul, 2010.

Temel, Erhan; “Hekimin İlaç Tavsiyesinden Kaynaklanan Aydınlatma Yükümlülüğü”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, Kayseri, s. 111 vd..

Tiftik, Mustafa,Akit; Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, 1994.

Zevkliler, Aydın/Acabey, Beşir/ Gökyayla, Emre; Medeni Hukuk- Giriş- Başlangıç- Kişiler- Aile Hukuku, Ankara, 2000.

SİYASAL DÜŞÜNCELER TARİHİNDE “SINIRLI DEVLET” FİKRİNİN KADİMLİĞİ YA DA GENEL KAMU HUKUKU BAĞLAMINDA İNSAN, ÖZGÜRLÜK VE DEVLET İKTİDARI ALGISINDAKİ EVRİLME

Adil ŞAHİN*

ÖZET

İyi düzenlenmiş bir devlet, anayasal olarak sınırlı devlet iktidarına sahip iken, diğer devletler, keyfi iktidar ile belirginleşirler. Sınırlı devlet fikri/anayasacılık, keyfi kararlara dayanan bir yönetimin ya da sadece kamu görevlilerinin istediğine dayanan bir yönetimin karşısı olarak, hukuk devleti arzusu ile kendisini belli eder. Anayasacılığın önemli niteliği, yönetimin üzerinde yasal sınırlamaların olmasıdır; yani anayasacılık, keyfi yönetimin antitezidir. Siyasal bir toplumda/devlette kamu görevlileri istedikleri her şeyi yapma konusunda özgür değildirler. Üstün bir hukuk kuralı ile sınırlı devlet iktidarı ve iktidarın bölünmesi (kuvvetler ayrılığı) anayasacılığın kilometre taşlarıdır. Siyasal düşünceler tarihinde bir anayasayı, halkın iradesinin ifadesi olan yüksek bir hukuk fikri ile açıklamak şeklinde bir gelenek vardır. Devlet anayasa tarafından kurulur ve bir anayasa, devlet iktidarının uygulanması ile ilgili olarak sınırları düzenler. Siyasal düşünceler tarihinde yüksek bir hukuk fikri ve diğer bazı sınırlandırma ölçütleri ile devlet iktidarını sınırlandırma düşüncesi her çağda bulunur.

Anahtar Kelimeler: Siyasal İktidar, Egemenlik, Devlet, Keyfi İktidar, Sınırlı Devlet İktidarı

OLDNESS OF THE IDEA OF “LIMITED STATE” OR THE TRANSFORMATION IN THE PERCEPTION OF HUMAN, FREEDOM AND STATE POWER IN THE CONTEXT OF GENERAL PUBLIC LAW

ABSTRACT

A well-ordered state has constitutionally limited state power; whereas other states manifest arbitrary power. The idea of limited state/constitutionalism proclaims the desirability of the rule of law as opposed to rule by the arbitrary judgement or mere fiat of public officials. The essential quality of constitutionalism is that it is a legal limitation on government; it is the antithesis of arbitrary rule. In a political society/

* Yrd. Doç. Dr., Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, adilsahin@ktu.edu.tr

state government officials are not free to do anything they please in any manner they choose. The touchstones of constitutionalism are the concept of limited state power under a higher law and division of power (separation of powers). There is a tradition in the history of political thoughts which describes a constitution in terms of a higher law which is an expression of the will of the people. State is created by the constitution and the constitution endows state with its powers and establishes limitations upon the exercise of those state power. Many conceptions of a higher law and criteria of limitation of state power will be found throughout the history of political thoughts in every ages.

Key Words: *Political Power, Sovereignty, State, Arbitrary Power, Limited State Power*

GİRİŞ

12 Haziran 2011 tarihinde Türkiye’de yapılan genel seçimleri özel ve kayda değer kılan olgulardan birisi de, hiç şüphesiz ki, bazı siyasi partiler tarafından Türkiye toplumu için gündeme taşınan “yeni bir anayasa” vaadidir. 12 Eylül 1980 tarihinde yapılan askeri darbeden sonra, özellikle askeri darbe erki tarafından biçimlendirilmiş olan 1982 Anayasası’nda, Haziran 2011 itibarıyla on yedi kez değişiklik yapılmış olmasına rağmen, 1982 Anayasası, hâlâ demokratik değerlerden yoksundur.

Bir anayasada, “devletin yetkileri” ile “bireylerin hakları ve özgürlükleri” olmak üzere, esas olarak iki bölüm bulunur. Sözü edilen bu iki bölümü içeren bir anayasa, fonksiyonel olarak “devletin iktidarını sınırlandırmakta”; bireylerin haklarını ve özgürlüklerini hukuki güvenceye kavuşturmaktadır. Günümüzde de yürürlükte olan tarihin uzun dönemli uygulanmış ilk yazılı anayasası, 1787 tarihli ABD Anayasası’dır. 18. yüzyıl ve sonrası da, anayasacılık düşüncesinin ve anayasacılık hareketlerinin ağır bastığı bir dönemi işaret etmektedir. Peki, “anayasacılık hareketlerinin ve devlet iktidarının sınırlandırılmaya başladığı dönem olarak kabul edilen 18. yüzyıl” öncesi, devlet iktidarı sınırsız mıdır? Başka bir söyleyişle, örgütlü toplumu yönetenler, toplumu yönetirken keyfi/denetimsiz olarak mı hareket etmektedirler? 18. yüzyıla kadar, “sınırlı devlet” kavramı ve “devletin sınırlandırılması” düşüncesi yok mudur? İnsanlık, devlet iktidarının sınırlı olduğu düşüncesini 18. yüzyıla, burjuvaziye

ve de liberalizme mi borçludur? Soruları artırmak mümkündür; fakat gereksizdir.

Sınırlı devlet iktidarı fikrinin 18. yüzyıl ve sonrasında keşfedildiğini iddia etmek, tarihsel, hukuksal ve de siyasal gerçekler ile bağdaşmaz. Tarihin her döneminde, toplumu yönetenlerin yetkisi, “sınırlı” olarak kavranmıştır. Toplum yönetenlerin, idare edilenleri, keyfi/denetimsiz bir şekilde yönetebilecekleri düşüncesi genel kabul görmüş bir yaklaşım tarzı değildir. Her ne kadar, devletin sınırlandırılması fikrinin 18. yüzyıl ve sonrasında bir keşfi olduğunu iddia edenler olsa bile, siyasal düşünceler tarihinde devlet doktrinlerine ilişkin fikirleri ile öne çıkmış olan filozoflar, yaşadıkları dönemde, toplumu yönetenlerin yetkilerinin sınırlandırılmasına özgü olarak (yasa, doğal hukuk, adalet, kamu yararı... gibi) çeşitli sınırlandırma ölçütleri ileri sürmüşlerdir.

Bu yazıda, öncelikle siyasal iktidar, egemenlik, devlet ve anayasacılık kavramları üzerinde durulmuş, anılan bu kavramların birbirleri ile ilintili olan yanları ortaya konulmaya çalışılmıştır. Çünkü sözü edilen bu kavramlar kelimenin tam manası ile kavranmayınca, devlet iktidarının sınırlandırılması ya da kısaca “sınırlı devlet” ibaresi anlaşılabilir değildir.

“Yasa ve uygulama” ilişkisi ilk toplumlardan itibaren vardır. Sözü edilen bu ilişkiye, siyasal iktidar ilişkisi denilmektedir. Siyasal iktidar kavramının bünyesinde mündemiç bir terim olarak “yasa”, nitelik olarak “aşkın”dır; yani dünyevi değildir. Yasa ve uygulama ilişkisi, Jean Bodin (1530-1596) ile birlikte, 1576 ve sonrasında “egemenlik” olarak anılır olmuştur. Yani, yasa ve uygulama ilişkisi (egemenlik denilen) modern bir kavram ile ifade edilmeye başlanmıştır. Fakat egemenlik kavramının içeriğindeki “yasa”nın niteliği artık, “aşkın değildir” ve de dünyevidir. Dünyevi yasaı içeren bu egemenlik kavramı ile de, 1651’de (Thomas Hobbes’un “Leviathan” isimli eserinde ifade edildiği üzere) kelimenin tam anlamı ile modern devlet doğmuştur. O halde, egemenlik kavramı ile modern devlet birbiri ile yakından ilintilidir ve egemenlik, modern devletin ruhudur. Modern devlet de, yine, yasa ve uygulama ilişkisi bağlamında, “dünyevi yasa” niteliği ile tanımlanmaktadır. İfade edilenlerden hareketle toparlarsak, yasa ve uygulama ilişkisi ilkin siyasal iktidar ilişkisi olarak anılmakta iken, sonradan, egemenlik kavramı ile ifade edilmeye başlanmıştır. Tabi, yasanın niteliğinin egemenlikte dünyevi; siyasal iktidar ilişkisinde ise aşkın olduğunu tekrar vurgulayalım. İşte bu dünyevi yasa algısı ve de olgusu, aynı zamanda, modern devleti de işaret eden esas özelliğidir.

Peki, “Siyasal iktidarın, egemenliğin ve devletin ortak temel özelliği ya da ortak fonksiyonları nedir? şeklinde bir soru dillendirilirse, yanıt, yasa yapma ve bu yasayı uygulamadır diye verilmelidir. Demek ki, siyasi iktidar, egemenlik ve devlet kavramları birbiri ile yakından ilintili olan ve aralarında öncelik-sonralık bağıntısı bulunan üç temel kavramı işaret etmektedir. Nasıl ki siyasi iktidardan egemenliğe geçiş söz konusu olmuştur; aynı şekilde, “politeia”dan “respublica”ya, “respublica”dan da “state”e geçiş söz konusudur. Hatta aynı değişimi, “sınırlı devlet iktidarı” teriminden, “anayasacılık düşüncesi” terimine olan evirilmede de izleyebilmekteyiz.

İşbu makalede, önce, kavramsal çerçeve belirgin bir hale getirilmiş; sonrasında ise araştırma, doğal olarak, sınırlandırılmıştır. Bu sınır, tarihsel olarak 19. yüzyıl öncesi dönemde yaşamış ve devlet doktrinleri konusunda çalışmaları olan düşünürler ekseninde çizilmiştir. İlk, bilinen ilk düşünürlerden itibaren, 19. yüzyıl öncesi dönemde yaşamış olan elli dokuz düşünürün, örgütlü toplumu yönetenlerin yetkilerinin sınırlı olup-olmadığı noktasındaki fikirleri incelenmiştir. İkinci olarak, bu filozoflarca, eğer devlet iktidarı sınırlı olarak algılanmakta ise, sözü edilen bu iktidar, hangi ölçütler ile sınırlandırılmalıdır noktasında ileri sürdükleri sınırlandırma ölçütleri kayıt altına alınmıştır. Nihayet üçüncü olarak da, filozofların, devlet iktidarının sınırlandırılmasına özgü olarak ileri sürdükleri bu sınırlandırma ölçütlerinden hangilerinin en etkili oldukları meselesi tartışılmıştır. Tersinden ifade edersek, bu yazıda esas olarak uygulamadaki durumdan ziyade, özellikle teorik/düşünsel çerçeve baz alınarak, devlet iktidarına ilişkin olan sınırlandırma ölçütleri ve bunların etkililiği meselesi tartışılmıştır. Nihai tahlilde tespit edilen ise, sadece 18. yüzyıl ve sonrasında değil; uygarlığın başlangıç döneminden itibaren, örgütlü toplumu yönetme adına iktidar kullananların yetkilerinin, her daim sınırlı olarak kavrandığı gerçeğidir.

I - KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A-İKTİDAR

Dilimizde; “erk”, “kudret”, “bir işi başarabilme yetki ve yeteneği”, “bir işi yapabilme gücü”, “devlet yönetimini elinde bulundurma ve devlet gücünü kullanma yetkisi” ve “devlet yönetimini elinde bulundurma ve devlet gücünü kullanma yetkisini elinde bulunduran kişi ve kuruluşlar” şeklinde tanımlanmakta olan iktidar (power) kelimesi; İngilizcede ise, “güç”, “kuvvet”, “kudret”, “erk”, “yetki”, “insanın yapabileceği bir şey”, “belirli bir etki yaratma

yeteneği”, “başkaları üzerindeki denetim”, “yönetme yetkisi”, ve “kurallar/yasalar ile tanınmış olan ya da resmi bir makamın vermiş olduğu eylemde bulunma yetkisi”, olarak karşılanmaktadır.

Kişileri etkileyerek onlara istediğini yaptırma, onları denetleme, kontrol altında bulundurma ve onları verilen emirlere itaate zorlama ile ilişkili olan bütün yeteneklere, ilişkilere ve tekniklere ise genel anlamda “**iktidar**” denilmektedir¹. Bu tanımdan hareketle iktidarın iki yüzünün olduğunu söyleyebiliriz². Birinci boyutu ile iktidar bir kuvvete dayanır ve bu yönü ile de iktidar, üstündür ve emir verebilme yeteneğine sahiptir³. İktidarın ikinci boyutunu ise verilen emre itaat (verilen emrin onaylanması ya da verilen emre rıza gösterilmesi) oluşturur. Yani, iktidar ilişkisinde bir tarafta üstün olan ve emir veren; öte yanda ise verilen emre itaat eden bulunmaktadır. Dolayısıyla iktidar ilişkisi, açıktır ki, “eşitsiz” bir yapı ortaya çıkarmakta ve de betimlemektedir⁴. Çünkü üstün olan taraf, verdiği emirler ile karşı tarafı yönlendirebilme, onların davranışlarını ve davranışlarının yönünü tayin edebilmektedir. Eklenmelidir ki, rıza varsa iktidar ilişkisi vardır; şayet rıza yoksa, yani rıza olmadan iktidar kullanılmak isteniyorsa, o zaman, kaba güçten bahsediliyor demektir⁵.

İktidar ilişkisinin bir yönü zorlamaya ya da baskıya dayanıyorsa bile, baskıdan daha önemli olanı, zorlanan tarafın, bu zorlamanın yararına inancı ve onu kabul etmesidir⁶. Yani, iktidar ilişkisinde baskıyı rıza karşılayacaktır⁷. Demek ki, iktidarın vazgeçilmez iki unsuru “**baskı**” ve “**rıza**”dır⁸. Bu yönü ile iktidar (dernekte, vakıfta, siyasal partide, şirkette, ailede, okulda ve kışlada olduğu gibi), toplumun her aşamasında vardır; ve sözü edilen şekliyle iktidar, “**sosyal iktidar**” olarak kodlanmaktadır.

¹ ZABUNOĞLU, *Kamu Hukukuna*, s. 8; KAPANİ, *Politika Bilimine*, s. 46; ERDOĞAN, s. 84; AKAL, *İktidarın Üç*, s. 49.

² AKAL, *İktidarın Üç*, s. 49.

³ KAPANİ, *Politika Bilimine*, s. 50; TEZİÇ, s. 87; AKAL, *İktidarın Üç*, s. 351.

⁴ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 49.

⁵ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 347.

⁶ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 347.

⁷ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 347.

⁸ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 351.

B-SİYASAL İKTİDAR

Devlet kudreti adı altında da ifade edilmekte olan ve devletin en önemli unsurlarından birisi olan siyasal iktidar (ya da ulusal doktrinde⁹ kimi kez ifade edilmiş olduğu üzere “kamu kudreti”, “devlet kudreti”, “egemen otorite”, “hâkimiyet”, “egemenlik”, “kamu iktidarı”, “devlet iktidarı”, “emretme kudreti”, “devlet otoritesi”), sosyal yapılar hiyerarşisinde devlete üstün bir statü sağlamakta¹⁰ ve sosyal yapının siyasallaşmasında başat faktör olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹.

Yetkileri ve yasakları belirleyen devletteki üstün otorite¹² olarak da açıklanmakta olan siyasal iktidar (ya da bu yazıdaki ifade edilmiş şekliyle devlet iktidarı), ülke içinde yaşayan gerçek ve tüzel kişilerin iradelerinden üstün ve onlara emir verme ve onları yönetme yetkisine sahip¹³ olan ve toplumun tümü üzerinde tesir gösteren makro iktidarı vurgulamaktadır¹⁴. Dolayısıyla siyasal iktidar, devletin motor gücü olarak “yasa koyma ve bu yasaları uygulama yoluyla toplumu yönetme” fonksiyonunu yerine getirmektedir¹⁵. Değişik bir şekilde ifade edersek, “yasa ve uygulama ilişkisinin” bir diğer adı siyasal iktidar ilişkisidir; ve toplumlar da, yasa ve uygulama bağımlı oluştururken, esasen, siyasal iktidarlı bir toplum olarak belirirler¹⁶.

Sosyalliğin bulunduğu her yerde kuralların ve bu kurallara uyma zorunluluğunun olması, ortada bir siyasal iktidar ilişkisinin de bulunduğunu gösterir¹⁷. Sosyal yaşamın özünden kaynaklanan bu tür bir emir-itaat ilişkisi, en ilkelinden en modernine bütün toplumlarda görülür; yani her toplum siyasal

⁹ ESEN, s. 13-14 ve 203; DOEHRİNG, s. 42; ZABUNOĞLU, *Kamu Hukukuna*, s. 112; ÖZÇELİK, s. 1 ve 73.

¹⁰ COUTURE, s. 836. Devlet, diğer sosyal kurumlardan, sadece fonksiyonları bakımından değil; aynı zamanda, eylemlerinde en üstün otorite olması bakımından da farklıdır. Devlet iktidarı, öteki iktidarların üzerindedir.

¹¹ ZABUNOĞLU, *Kamu Hukukuna*, s. 123.

¹² TUNAYA, s. 93; GÖNENÇ, *Orta Çağ*, s. 269.

¹³ ÖZÇELİK, s. 73.

¹⁴ ERDOĞAN, s. 84; GÖNENÇ, *Orta Çağ*, s. 269; GÖNENÇ, *Siyasi İktidar*, s. 158.

¹⁵ AKAD-DİNÇKOL, s. XIX ve 168-169.

¹⁶ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 15-16. Yasayı söylemek (yani iktidarın ilkesi) “**auctoritas**” olarak ifade edilirken; yasayı uygulamak (yani iktidarın kullanımı ya da iktidarın kullanılış biçimi) “**potestas**” şeklinde dillendirilmektedir. Bu konuda bkz., KOÇAK, s. 82; AKAL, *İktidarın Üç*, s. 203. İlke ile biçimi bir arada toplama da “**plenitudo potestatis**” şeklinde karşılanmaktadır. Bu konuda bkz., AĞAOĞULLARI-KÖKER, *İmparatorluktan Tanrı*, s. 10 ve 160.

¹⁷ AKAD-DİNÇKOL, s. 159.

iktidarlıdır¹⁸. Hukuk, siyasal açıdan örgütlenmiş bir toplumun sistematik güç kullanarak sağladığı bir sosyal denetim ise ve öte yandan da siyasal iktidarsız bir toplum olmadığına göre, denilebilir ki, hukuksuz toplum da yoktur¹⁹.

En basit toplumlar bile, yöneten-yönetilen ayırımını tanımasalar dahi, belli bir yasaya göre düzenlendikleri, sosyal düzen ardında yasa ve uygulama bağıni mutlaka kurdukları ve yasayı uygulamak için bir bütün olarak zorlayıcı güce dönüştüklerinden dolayı, siyasal ve hukukidirlir. Değişik bir ifade ile anlatırsak, bahsi geçen toplumlarda sosyallik, siyasallik ve hukukilik özdeşleşmiştir.²⁰

Basit toplumlarda sosyallik, kurallar ile düzenlenmek; kurallar ile düzenlenmek de, yasa ile uygulama arasında siyasal iktidar ilişkisi kurmak, dolayısıyla da, aynı zamanda hukuki bir düzen oluşturmak demektir. Siyasal iktidar, “bir siyasal iktidar tipinden başka bir şey olmayan” devleti aşan bir olgudur. O halde, devletli ya da devletsiz, her toplum, siyasal olduğu ölçüde aynı anda hukukidir de.²¹

Bir ilkeye gönderme yapılmadan siyasal iktidarın kullanılması mümkün değildir²². Bir başka söyleyişle, yöneten, ne adına yönettiğini söylemek, yani meşrulaşmak zorundadır²³. Hiçbir topluluk, benimsediği ve uymayı kabul ettiği bir ilke için siyasal iktidara rıza göstermedikçe kendisini yönettir-

¹⁸ AKAD-DİNÇKOL, s. 175.

¹⁹ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 160; AYBAY-AYBAY, s. 102. İlkel topluluklar sonrası anlatmak için kullanılan uygarlığın, bilindiği kadarıyla, beş bin yıllık bir geçmişi vardır. ŞENEL, *Kemirgenlerden Sömürgenlere*, s. 18-21. 20. yüzyıl başlarında kesinleşmiş olan bilgilere göre, M.Ö. 4. bin yılda, Sümer denilen Aşağı Mezopotamya’da, insanlık, uygar topluma geçmiştir. ŞENEL, *Kemirgenlerden Sömürgenlere*, s. 357 ve 437. İnsanlığın ilk uygar toplumu olan Sümerler, ilk sayı ve yazı sistemlerinin de kurucusudurlar. ŞENEL, *Kemirgenlerden Sömürgenlere*, s. 372; MCNEILL, s. 40-41. M.Ö. üç binden az sonra da, yasaların ve sözleşmelerin yazıya döküldüğüne şahit olabilmekteyiz. MCNEILL, s. 41. Günümüzde, tarihin, “bilinen ilk yasalarını” şu şekilde sıralayabiliriz: **Urukagina Kanunları (M.Ö. 2350)**, **Urnammu Kanunları (M.Ö. 2130)**, **Gudea Kanunları (M.Ö. 2100)**, **Lipit-İstar Kanunları (M.Ö. 1880)**, **Eşnunna Krallığı Kanunları (M.Ö. 1700)**, **Hammurabi Kanunları (M.Ö. 1728-1686)**, **Asur Kanunları (M.Ö. 1400-1300)** ve **Yeni Babil Kanunları (M.Ö. 625-539)**. Bu noktada, yeri gelmişken şunu da belirtelim ki, Hammurabi Kanunları, Mezopotamya’nın bilinen ilk kanunları değildir. Bu konuda geniş bilgi için bkz., TOSUN-YALVAÇ, *Bütün Kitap*, özellikle s. 10-17.

²⁰ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 324.

²¹ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 325.

²² AKAL, *İktidarın Üç*, s. 351.

²³ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 351.

mez²⁴. Bahsedilen durumun ortaya koyduğu gerçek²⁵ yönetmek için zorlayıcı gücün gerekli olduğu; fakat zorlayıcı gücün siyasal iktidar ilişkisinin sadece birinci yönünü oluşturduğudur. İdare edilenlerin, yönetenlerin otoritesini de kabul etmeleri, onu yönetici olarak meşru saymaları ise siyasal iktidar ilişkisinin (meşruiyet adı verilen) ikinci boyutunu meydana getirmektedir. Bu noktada, konunun daha açık bir şekilde algılanabilmesi için, son olarak, devlet iktidarının özelliklerini sıralamak, kanımızca, yararlı olacaktır:

-Devlet iktidarı, ülkedeki en üstün iktidardır²⁶; fakat mutlak değildir²⁷.

-Cebir kullanma tekeline sahip²⁸ ise de, devlet iktidarının bu cebri kullanabilmesine ilişkin olan yetkisi sınırsız değildir²⁹.

-Devlet iktidarına sahip olması, devletin, dış ilişkiler alanında öteki devletler ile eşit olması anlamını taşır³⁰.

-Devlet kudreti adına kullanılmakta olan yetkiler (yasama, yürütme ve yargı) bölüşülebilmekteyse de, devlet kudreti (klasik yaklaşımda) bir bütünlük teşkil eder ve bölünemez³¹.

-Devlet iktidarı, rıza ve itaat unsuruna dayanır³².

-Kamunun hizmetinde kullanılacak olan devlet iktidarı, bu bağlamda, kamu yararı için faaliyette bulunabilecektir³³.

²⁴ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 351.

²⁵ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 351. Otorite olmadan kuvvet kullanımı, yasa olmadan uygulama yapılması ve ilke olmadan gücün kullanımı, düzeni imkansız kılan kaos anlamına gelir. Kaba güç, bir siyasal iktidar tanımının sınırını oluşturur. İdare edilenlerin, kendilerinden talep edileni, sadece baskı yapılarak yerine getirmesinin beklendiği durumlarda iktidar ilişkisinden söz edilemez. Kaldı ki, bahsedilen durumda yönetmek de mümkün değildir. Hiçbir yönetici, ne kadar otoriter ve zorba olursa olsun, idare edilenlerin rızasından vazgeçemez. Bkz., AKAL, *İktidarın Üç*, s. 351.

²⁶ GÖNENÇ, *Orta Çağ*, s. 269; ERDOĞAN, s. 84; ZABUNOĞLU, *Kamu Hukukuna*, s. 117-119; KAPANİ, *Politika Bilimine*, s. 48-48; ÖZÇELİK, s. 72.

²⁷ ZABUNOĞLU, *Kamu Hukukuna*, s. 117-119.

²⁸ GÖNENÇ, *Orta Çağ*, s. 269; ÖZÇELİK, s. 72; ZABUNOĞLU, *Kamu Hukukuna*, s. 117-119; ERDOĞAN, s. 84; KAPANİ, *Politika Bilimine*, s. 48-49.

²⁹ ZABUNOĞLU, *Kamu Hukukuna*, s. 117-119; KAPANİ, *Politika Bilimine*, s. 48-49.

³⁰ ZABUNOĞLU, *Kamu Hukukuna*, s. 117-119.

³¹ ZABUNOĞLU, *Kamu Hukukuna*, s. 117-119.

³² KAPANİ, *Politika Bilimine*, s. 48-49; ERDOĞAN, s. 84.

³³ COUTURE, s. 835; ÖZÇELİK, s. 72.

C-EGEMENLİK

Kök olarak “ege”den (bir çocuğu koruyan, işlerine bakan ve her türlü davranışında sorumlu olan kimseden yani veliden) türemiş bir kelime olan egemenlik, dilimizde, “milletin ve onun tüzel kişiliği olan devlete ait yetkilerin hepsi” (hâkimiyet) şeklinde anlaşılmaktadır. Egemen (sovereign), İngiliz lügatinde ise, “hükümdar”, “padişah”, “kral”, “yöneten”, “hükümran”, “bağımsız”, “bir ülkede en yüksek siyasal güce sahip olan kimse”, “bir ülkenin yönetimini elinde bulunduran” olarak tanımlanmaktadır. Yine İngilizcede, egemenlik (sovereignty) ise, “hâkimiyet”, bağımsızlık, “tam özgürlük”, “yönetme iktidarı”, “kendi kendini yöneten bir ülke olmak” şeklinde karşılanmaktadır.

Ulusal doktrinde, egemenlik kavramını ifade etmek için “devletin hukuki iktidarı ya da devlet kudreti”³⁴, “devlet iktidarı”³⁵, “devlet gücü”³⁶, “siyasal iktidar”³⁷ gibi sözcük öbekleri kullanılabilir.

Her ne kadar kavramı kullanmamış olsalar da, egemenlik kavramının ifade etmekte olduğu içerik olan “**alt iradeler üzerinde hüküm süren bir üstün iktidar**” fikrine³⁸ Roma İmparatorluğu döneminde bile rastlanılabilmektedir³⁹. Bahsedilen olgu, Roma’da, cumhuriyet döneminde de “imperium” kelimesi ile “**bazı amirlerin yetkisini**” ve sonraları da “**imparatorun yetkisini**” ifade etmek amacıyla kullanılmıştır⁴⁰. Dolayısıyla, ifade edilenlerden çıkarılabilecek olan sonuç, egemenlik kavramının sonraki yüzyıllarda (1300’lerden sonra, 16. ve özellikle 17. yüzyılda) ifade ettiği bütün unsurların, eski dönemlerden beri (özellikle Roma’da) tarihsel olarak zaman zaman da olmuş olsa, içerik olarak kavranılmış ve de kullanılmış olduğudur⁴¹.

Egemenlik kavramı, aslında, monarşi yanlısı hukukçular tarafından feodal düzenden merkezi devlete geçiş sürecinde, kralın iktidarına yönelik

³⁴ KUBALI, s. 226; ZABUNOĞLU, *Kamu Hukukuna*, s. 113; KAPANİ, *Politika Bilimine*, s. 61.

³⁵ SARICA, s. 181; ZABUNOĞLU, *Kamu Hukukuna*, s. 113; GÖZLER, s. 163.

³⁶ AĞAOĞULLARI, *Ulus Devlet*, s. 239-240.

³⁷ GÖNENÇ, *Siyasal İktidar*, s. 148.

³⁸ Egemenlik kavramının özü, bir ülkedeki “siyasal otoritenin en üstün kaynağı” olmasıdır. Bu konuda bkz., MORRIS, s. 829.

³⁹ DUGUIT, s. 56.

⁴⁰ DUGUIT, s. 56.

⁴¹ HESTER, s. 824; DUGUIT, s. 56.

olan rakip güçlerin engellenebilmesi için maksatlı olarak kullanılmıştır⁴². 16. yüzyıldan itibaren başlayan Reform ile “ilke ve uygulama” kralda birleşmiş; din de siyasal iktidarın denetimine girmiştir. Yani, aslında, Reform ile Kilise devletten ayrılmamış; tam tersine, devlete bağımlı hale getirilmiştir. İşte bu olgu (Kilisenin de devlete bağımlı hale getirilmesi), egemenlik kavramının da temelini atmıştır⁴³.

İlk kez 14. yüzyılda Pedro Lopez de Ayala (1332-1407) tarafından “**kralın üstün gücünü**” anlatmak için kullanılmış olan **egemenlik (soberanidad)** sözcüğü, kısaca “**yüce otorite**” ya da “**siyasal bütün içinde yüce otoriteye ilişkin soyut ilke**” diye tanımlanabilmektedir⁴⁴.

Egemenliğin temel göstergesi, “kanun yapma ve bu kanunları değiştirebilme” gücüdür⁴⁵. Bir başka ifade ile egemenlik, “yasa ile uygulama” arasında kurulan modern siyasal iktidar ilişkisini (egemen devleti, özellikle de ulus devleti) anlatan, modern bir kavramdır⁴⁶. Devletin ayırt edici özelliği olarak kabul edilmekte olan egemenlik; devleti ve toplumu yönetmede kullanılan iktidar ve otoriteyi vurgulamaktadır⁴⁷. Modern siyasal hukuksal kavramsallaşmanın başlangıç noktası olarak da, egemenlik kuramının Jean Bodin tarafından (“Devlet Üstüne Altı Kitap” adlı eser ile) yaratıldığı yıl olan 1576 tarihi kabul edilmektedir⁴⁸. Aslında, hukuken ya da fiilen, gücü kullanan ve uygulayan (yani siyasal iktidarın öznesi) “kimdir ya da nedir?” sorusunun cevabını bilmek, egemenliğe ilişkin temel yaklaşım noktasıdır⁴⁹. Bireysel olsun ya da kolektif olsun, devlet iktidarını elinde bulunduran, “egemen” olarak anılmaktadır⁵⁰. Egemen devlet kavramı ile de, her türden siyasal iktidar anlayışının iki vazgeçilmez unsurunun (“yasa ve uygulama”nın ya da “güç ve bu gücün kullanımı”nın) yeni bir bağlamda eklemlendiği; yani her ikisinin de devlette birleştiği kastedilmektedir⁵¹.

⁴² KAPANİ, *Politika Bilimine*, s. 56-57 ve 60-61; HAKYEMEZ, s. 286.

⁴³ Bu konuda geniş bilgi için bkz., AĞAOĞULLARI-KÖKER, *Tanrı Devletinden*, s. 135-137.

⁴⁴ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 326.

⁴⁵ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 74-75; AKAD-DİNÇKOL, s. 182.

⁴⁶ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 327.

⁴⁷ HESTER, s. 824.

⁴⁸ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 40.

⁴⁹ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 70-71.

⁵⁰ HESTER, s. 824.

⁵¹ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 71.

Devletin iktidar unsuru olarak egemenliğin, ulusal ve uluslar arası (ya da iç egemenlik ve dış egemenlik) olmak üzere iki boyutta düşünülmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵². İlkın, ulusal düzlemde egemenlik derken, “**ülke sınırları içerisinde bireysel iradelerdeki tüm farklılıkları yok sayan kesin bir devlet hâkimiyeti**” anlaşılmaktadır. Bir başka söyleyişle ulusal düzlemde egemenlik, siyasal iktidarın, toplumdaki diğer iktidarlardan üst düzeyde olmasını içermekte ve o devletin anayasal yapısı ile ilişkilendirilmektedir⁵³. Kanun yapmak, savaş veya barış ilan etmek, yargılama yapmak, para basmak, vergi toplamak gibi eylemleri içeren yasama, yürütme ve yargı faaliyetleri, ulusal düzlemdeki egemenliği karşılamaktadır. Fakat egemenliğin ülkedeki en üstün emretme gücü ya da en üstün iktidar niteliğinde olması, sınırsız ve mutlak olduğu anlamına gelmez⁵⁴. Egemenlik tektir, bütündür; fakat egemenlik yetkileri (yasama, yürütme ve yargılama faaliyeti) yasama, yürütme ve yargı organları arasında bölüşülerek kullanılmaktadır⁵⁵. İkinci olarak, egemenlik, uluslar arası düzlemde ise, devlet-devlet ilişkisi bağlamında, “**devletlerin hukuksal bakımdan eşit olmasını ve devletlerin bağımsızlığını**” (ya da özerkliğini) kimlemektedir⁵⁶.

“Mutlak”, “sürekli”, “bölünmez” ve “devredilemez” olarak ifade edilen özellikleri ile klasik egemenlik teorisini sistematik bir şekilde vurgulayan, Jean Bodin olmuştur⁵⁷. Dolayısıyla, klasik anlayışa göre egemenlik; mutlak ve en üstün olarak algılanmakta iken⁵⁸; günümüzdeki kavrayış şekliyle **modern egemenlik**, hukuk devleti kavramı ile ifade edilmekte olan şekliyle **sınırlı**, kuvvetler ayrılığı ile de ifade edilmekte olan şekliyle **bölünmüş** ve de **devredilebilir** yani **mutlak olmayan** nitelikleri ile dikkat çekmektedir⁵⁹. Çünkü klasik anlayışa göre kabul edilmekte olan, egemenliğin “sınırsız”, “tek”, “bölünemez” ve “en üstün” olması yönündeki nitelikler, günümüzde federal

⁵² MORRIS, s. 829; AKAL, *İktidarın Üç*, s. 18; ZABUNOĞLU, *Kamu Hukukuna*, s. 42-43; ÖZÇELİK, s. 74; KAPANİ, *Politika Bilimine*, s. 58; GÖZLER, s. 163.

⁵³ MORRIS, s. 829.

⁵⁴ MORRIS, s. 831; GÖNENÇ, *Siyasal İktidar*, s. 148; ZABUNOĞLU, *Kamu Hukukuna*, s. 113 ve s. 117-119; KAPANİ, *Politika Bilimine*, s. 59 ve 61.

⁵⁵ ZABUNOĞLU, *Kamu Hukukuna*, s. 117-119.

⁵⁶ MORRIS, s. 829.

⁵⁷ AĞAOĞULLARI-KÖKER, *Kral-Devlet*, s. 25-34; KAPANİ, *Politika Bilimine*, s. 56; AKIN, s. 95.

⁵⁸ ZABUNOĞLU, *Kamu Hukukuna*, s. 42 ve 113; KAPANİ, *Politika Bilimine*, s. 59 ve 61.

⁵⁹ MORRIS, s. 831; GÖNENÇ, *Siyasal İktidar*, s. 148; ZABUNOĞLU, *Kamu Hukukuna*, s. 113; KAPANİ, *Politika Bilimine*, s. 59 ve 61.

devlet ilkesi⁶⁰ ile bağdaşmayacağı gibi, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile⁶¹, hukuk devleti ilkesi ile⁶² ve insan hakları kavramı ile de bağdaşmaz⁶³.

D-DEVLET

Devlet (state) sözcüğü, Latince olan “stare” (ayakta duruş) kelimesinin “status”a dönüşmesiyle oluşmuştur⁶⁴. “Status” ise kelime olarak; “durum”, “vaziyet”, “hal”, “var olma şekli” anlamına gelmekte ve bu yönüyle de “statüko” kelimesini çağrıştırmaktadır⁶⁵. Devlet, dilimizde, kelime olarak; “talih”, “saadet”, “nimet”, “servet” ve “makam” gibi sözcükler ile açıklanmaktadır. İngilizcede ise, devlet; “konum”, “hal”, “vaziyet”, “var olma biçimi”, “çok sınırlı, endişeli ve heyecanlı olma durumu” ve “bir ülkenin yönetim kurumu” olarak ifade edilmektedir.

Devlet, Orta Çağ Latincesindeki anlamıyla, örneğin İmparator Justinianus (482-565) döneminde “**özel bir topluluğun zenginliğini, refahını ve düzenini**” karşılayacaktır. Daha sonra aynı sözcük (Fransızcada önce estat, sonra etat; Almancada stand) “**sosyal ya da ekonomik özel bir durumu**” açıklamak için kullanılır. Ayrıca, bahsedilen kavram, modern anlamına yakın biçimde siyasal hukuksal niteliğe, “**belli bir topluluğun hukuki yapısı**”nı anlatarak ulaşır. Dante, bu anlamda, sözcüğe, zorbalığa karşı “özgür bir hal”i anlatmak için başvurur. Ancak bu dönemde devlet, “gücün kullanımını” ve “halkı”, hâlâ belirsiz bir biçimde ifade etmektedir.⁶⁶

Eksiksiz modern anlamı ile devlet, Orta Çağ siyasal hukuksal sözlüğünde yer almaz. Yeni duruma özgü kavramsal çerçeveyi oluşturacak olan sözcük ancak Rönesans döneminde ortaya çıkar. Fakat yine de bir Machiavelli bile, stato’yu, bazen yöneticinin, bazen de “**yöneticilerin gücünü ya da üzerinde hâkimiyet kurulmuş bir halkı, bir toprağı**” anlatmak için kullanırken, en az Dante kadar eskidir. Devlet kavramının skolâstik seçeneği respublica’dır. 16. yüzyıl, respublica’dan devlete geçişin nasıl olduğunu iyi gösterir: Devlet,

⁶⁰ KAPANİ, *Politika Bilimine*, s. 60; HAKYEMEZ, s. 289-290.

⁶¹ KAPANİ, *Politika Bilimine*, s. 61; HAKYEMEZ, s. 289-290.

⁶² KAPANİ, *Politika Bilimine*, s. 59.

⁶³ KAPANİ, *Politika Bilimine*, s. 62; HAKYEMEZ, s. 289-290.

⁶⁴ Stato sözcüğünü, ilk kez Machiavelli kullanmıştır. Bu konuda bkz., AKAL, *İktidarın Üç*, s. 38.

⁶⁵ COUTURE, s. 835.

⁶⁶ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 316-317.

respublica'nın yerini aldıktan sonra, respublica da bugünkü yeni anlamını kazanmak üzere dönüşüme uğrar ve cumhuriyet olur.⁶⁷

Cumhuriyet derken, “**gücün tek bir kişinin elinde olmadığı ve devlet başkanlığının kalıtımsal özellik taşımadığı yönetim biçimi**” ya da “**bir siyasal iktidar tipi olarak devletin böyle yönetilmesi**” kastedilmektedir. 16. yüzyıldaki düşünsel kırılma sonrasında respublica'nın kazandığı bu anlam, kırılma öncesinde respublica'nın ifade ettiği iki şeyden bütünüyle farklıdır: Öncelikle respublica, en geleneksel ve özel anlamıyla “**site yönetimi**”ni karşılar. Tabii, respublica sözcüğünün asıl karşılığı, site yönetiminin Yunancası olan ve genel olarak “**siyasal yönetim**” anlamına da gelen **Politeia**'dır. “Anayasa”, “yönetim türü”, “yönetim şekli” gibi karşılıklar ile de ifade edilmekte olan Politeia, Aristoteles tarafından ise, “bir polis için işleyişinin/soylularının düzeni” şeklinde karşılanmaktadır⁶⁸. Aristoteles'in anormal rejimler olarak sıraladığı zorbalık, oligarşi ve demokrasi karşısında; normal rejimler olan krallık, aristokrasi ve politeia vardır. Aristoteles, politeia'yı, “**bütün topluluğun iyiliği için yurttaşların hepsinin uyguladığı yönetim**” diye nitelemektedir. Aslında, bahsedilen bu yönetim tipinin, respublica'nın modern anlamıyla uzaktan yakından ilgisi yoktur; çünkü hem Platon, hem de Aristoteles, bir taraftan köleliği benimserken, öte yandan da kadın haklarını kabul etmezler.⁶⁹

Erasmus'un 1541'de yazdığı bir kitap var. Bu kitap, Latince'den Fransızca'ya ilk kez 1585'te, sonra da 1665'te çevrilir. Ancak, Latince respublica sözcüğünün karşılığı olarak, 1585 çevirisinde Fransızca communaute (topluluk), republique ya da chose publique (kamusal şey) sözcükleri seçilirken, 1665 çevirisinde ise respublica'nın karşılığı etat (devlet) olacaktır.⁷⁰ Söz konusu değişiklik, her şeyden önce zihniyetin değiştiğini gösterir. 16. yüzyılın ilk yarısında siyasal sözlükte yer alan devlet sözcüğü, yüzyılı aşkın bir süre önce modern anlamında değil, “sosyal küme” ya da “hukuki düzen” anlamında kullanılmaktadır. Bu dönemde genel olarak siyasal corpusu anlatan sözcük, respublica olarak kalacaktır. Respublica'dan devlete geçebilmek için, skolâstik anlayıştan modern anlayışa geçilmesi gerekecektir. 16. yüzyılda siyasetin tanrısallığından siyasetin dünyeviliğine kayış, yönetimin meşruluk

⁶⁷ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 317.

⁶⁸ VOEGELIN, s. 378. Aslında Politeia için en uygun çeviri “polis düzeni” ya da “polis organizasyonel şekli” olmalıdır. Bu konuda bkz., VOEGELIN, s. 378 ve 385.

⁶⁹ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 317.

⁷⁰ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 318.

kaynağı olarak toplumun gösterilmesi, kurucu iradelerini sözleşmeyle açıklayan bireylerin ortaya çıkışı, ulusun yasa yaratıcı olarak düşünülmesi söz konusu geçişi anlatır.⁷¹

Devlet sözcüğü 16. yüzyılın ikinci yarısında, önce Protestan monarkomakların sözleşmecî metinlerinde modern anlamda belirtmeye başlar. Fakat Bodin, hâlâ respublicayı kullanmaktaydı ve Tanrısal Yasadan bahsediyordu. Yani Bodin, yeterince modern değildi. Giovanni Botero, Bodin ile kıyaslandığında, 1589'daki eserinde yüzyılın en gerçekçi tanımlamasını yapar: **“Devlet, halklar üzerindeki kesin bir hâkimiyete denk düşer ve devlet mantığı böyle bir hâkimiyetin kurulması, elde tutulması ve büyütülmesi için başvurulacak araçlara ilişkin bilgidir”**. 17. yüzyılın başında da Charles Loyseau, **“devlet ile egemenliği”** özdeşleştirerek Bodin'den daha modern olur. Aynı dönemde İngiliz yazarlarının tercih ettikleri sözcükler ise, realm⁷², body⁷³, politic⁷⁴ ya da respublica⁷⁵nin çevirisi olan commonwealth⁷⁶tır.⁷⁷

Orta Çağın karmaşık siyasal yapılanmasının ya da respublicasının yerini, Yeni Çağda, bir **“hukuk düzeni olarak devlet”** alır ve Yeni Çağın gerçek tek siyasal birliği anlamına gelir. Bu kez respublicayı da dönüştürür ve onu yeniden anlamlandırır: **“Bir siyasal iktidar tipinin (yani devletin) yönetim biçimi olarak, gücün tek kişinin elinde olmadığı ya da kalıtsal olarak aktarılmadığı cumhuriyet”**.

Düzeni korumanın temel olduğu yolundaki bakış açısı, ulusun çıkarını korumanın en üst ilke olduğu yeni bir siyasal iktidar tipi düşüncesinin işaretidir. Bu soyut siyasal iktidar tipini karşılayabilecek olan sözcük ise **“devlet”** olacaktır. Öncelikle, “yasa yapma gücü” olan, tam bir egemenlikle güçlenmiş ve kesinlik kazanmış bir devlet.⁷⁸

⁷¹ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 319.

⁷² “Krallık” ve “kraliyet ile yönetilen ülke” anlamında kullanılmaktadır.

⁷³ “Grup”, “topluluk”, “kurul” ve “bir şeyi hep birlikte düzenli biçimde yapan bir topluluk” anlamında kullanılmaktadır.

⁷⁴ “Siyasal topluluk” ve “düzenli bir hükümet yönetimi altında birleşmiş bir halk topluluğu” anlamında kullanılmaktadır.

⁷⁵ “Kamusal şey”, “kamu malı” ve “herkese ait olan şey” anlamında kullanılmaktadır.

⁷⁶ “Ulus”, “bir ülkenin veya devletin tüm halkı” ve “ülke veya devlet” anlamında kullanılmaktadır.

⁷⁷ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 320.

⁷⁸ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 321.

Her siyasal iktidar tipi “yasa ile uygulama” arasında bir bağ kurar. Yasa ile uygulama arasındaki bu siyasal iktidar ilişkisi devlette kurulduğu⁷⁹ gibi, Antik Yunan Sitesi’nde de, Firavunların Mısır’ında da, basit bir toplulukta da (başka biçimlerde olmuş olsa da) mutlaka kurulur⁸⁰. Devlet düşüncesinin modern anlamı ile doğabilmesi için, dünyevi iktidarın ruhani iktidarı içinde erittiğini görebilmek gerekecektir.⁸¹

Devlet sözcüğü, ilkin İtalya’da, “**yönetim biçimi**” anlamında kullanılmıştır. Modern hukuksal terminolojinin temel kavramı olan ve 15. yüzyılda kullanılmaya başlanan⁸² devlet sözcüğü, bir kavram olarak 16. yüzyılın sonlarında (1576’da); kılı kırk yarmak için de, 17. yüzyılın ortasında (1651’de) var olur. Belirtilmesi gerekir ki, devlet, kavramsal açıdan, insanlar onu düşünebilmeye başladıktan sonra var olabilir.⁸³

Devlet, kavramsal olarak belirli bir mekânda (Batı’da) ve belirli bir zamanda (16. yüzyılda) siyaset kuramcılarının teorilerinde, özellikle Bodin’in egemenlik kavramını yaratmasından sonra boy gösterir⁸⁴. Modern laik devlet diye adlandırılan bu siyasal iktidar tipi ya da modern siyasal hukuksal terminolojideki ifade ediliş şekliyle “BİR”, bu dönemde, bir başını kilisenin oluşturduğu iki başlı bir iktidar yapılanmasına monarşi lehine son verilmesiyle billurlaşır⁸⁵. Yani, Kilise devletten ayrılmaz; devlete bağımlı kılınır⁸⁶. Kendi sınıfsal çıkarı için 16. ve 17. yüzyılda monarşiyi destekleyerek mutlak monarşilerin kurulmasına önyak olan⁸⁷ burjuvazi; kiliseyi ve aristokrasiyi yenmesini bilir⁸⁸. Fakat sonradan, özellikle keyfi davranmaya başlayıp burjuvazinin çıkarını zedelemeye yönelik uygulamalara girişince, bu kez de monarşi, burjuvazi tarafından arka plana atılır⁸⁹ ve aristokrasi ile işbirliğine girilir⁹⁰.

⁷⁹ Devletin iki temel hukuki rolü vardır. Birincisi hukuk kuralları koymak iken; ikincisi, mevcut hukuk kurallarını uygulamaktır. Bu konuda bkz., COUTURE, s. 837.

⁸⁰ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 323.

⁸¹ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 322.

⁸² AKAL, *İktidarın Üç*, s. 316.

⁸³ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 38.

⁸⁴ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 38.

⁸⁵ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 38.

⁸⁶ AĞAOĞULLARI-KÖKER, *Tanrı Devletinden*, s. 135-137.

⁸⁷ AKIN, s. 77; AĞAOĞULLARI-KÖKER, *Tanrı Devletinden*, s. 190.

⁸⁸ AĞAOĞULLARI-KÖKER, *Tanrı Devletinden*, s. 190.

⁸⁹ AĞAOĞULLARI-KÖKER, *Tanrı Devletinden*, s. 190.

⁹⁰ ŞENEL, *Siyasal Düşünceler*, s. 284-285.

Yasa ve bu yasanın uygulanması ilişkisine siyasal iktidar ilişkisi denilmekte; her bir toplumun yasa ve uygulama ilintisini oluştururken, zaten, siyasal iktidarlı bir toplum olarak açığa çıktığına vurgu yapılmaktadır⁹¹. Toplumun, devletli bir toplum olması da, egemenlik adı verilen modern bir kurguyla (yasa ve uygulama arasındaki ilişkiyi ya da siyasal iktidar ilişkisini dünyevi alanda kurması ile) gün yüzüne çıkmıştır⁹². Dolayısıyla, siyasal iktidarın her toplumda görülen bir olgu olmasına karşılık; devlet, egemenlik kavramı ile somutlaşmıştır. O halde, modern anlamıyla devlet, Reform sonrası mutlak monarşiler döneminde görülür olmuştur⁹³. Devletin özelliği, bütünüyle modern bir kavram olan egemenlik sayesinde, yasa ile uygulama arasındaki siyasal iktidar ilişkisinin sadece dünyevi bir alanda kurulduğunu düşündürmesidir⁹⁴.

Modern devlet, meşruiyetini⁹⁵ (yani, neden ya da ne adına yönettiğinin; gücü kullanma hakkını nereden aldığıının cevabını) kendisinden değil, modern dünyevi ilke olarak karşısına oturtulan modern yasa yaratıcıdan ya da ulustan alacaktır; zaten, “egemenlik ulusundur” sözcüklerinin anlamı da budur. Devlet ya da modern uygulayıcı aygıt, meşruiyetini ulusta arayacaktır. Bir başka söyleyişle egemenlik, yasa ile uygulama arasında kurulan modern siyasal iktidar ilişkisini anlatan kavramdır. Dolayısıyla da egemenlik, modern siyasal iktidar tipi olarak ulus-devleti kodlayan bir kavramdır⁹⁶. Modern siyasal hukuksal kavramsallaşmanın başlangıç noktası olarak, egemenlik kuramının Bodin tarafından yaratıldığı yıl olan 1576 alınmaktadır⁹⁷.

Kısaca belirtildiğinde, **toplum, siyasal olarak örgütlenince** devlet adını almaktadır⁹⁸. “**Egemen bir siyasal toplumun organize olmuş şekli-**ni” devlet olarak ifade ediyoruz⁹⁹. Başka bir ifade şekliyle “devlet, **belirli bir insan topluluğunun belirli bir toprak üzerinde egemen olmasıyla oluşan**

⁹¹ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 15-16.

⁹² AKAL, *İktidarın Üç*, s. 15-16.

⁹³ ZABUNOĞLU, *Devlet Kudretinin*, s. 20.

⁹⁴ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 326.

⁹⁵ “Neden ya da ne adına yönetilir?”, “Gücü kullanma hakkı nereden alınmaktadır?” gibi soruların cevabı, meşruiyet kavramının tanımına ilişkindir. Bu konuda bkz., AKAL, *İktidarın Üç*, s. 328-329. Kendiliğinden meşruiyet olmaz; şu ya da bu ilke adına meşruiyet vardır. AKAL, *İktidarın Üç*, s. 72.

⁹⁶ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 327.

⁹⁷ AKAL, *İktidarın Üç*, s. 40.

⁹⁸ DUGUIT, s. 132; ZABUNOĞLU, *Kamu Hukukuna*, s. 4.

⁹⁹ COUTURE, s. 834.

ve hukuki kişiliğe sahip olan sürekli bir örgüt”tür¹⁰⁰. G. Bordoëau’yu izleyerek¹⁰¹ ifade edersek, devletin, kurumsallaşmış¹⁰² siyasal iktidar olduğunu söyleyebiliriz. Bu cümleden olmak üzere devlet, “ülkeyi yöneten resmi görevlilerin emrine uymaya ve onlara itaat etmeye dayanan kompleks bir hiyerarşik yapıyı”¹⁰³ ifade etmektedir.

Devletin, temel olarak, yasama, yürütme ve yargılama olmak üzere üç fonksiyonu¹⁰⁴ vardır. Öte yandan, devletin unsurlarını ise¹⁰⁵; “millet”, “ülke” ve iktidar unsuru olarak “egemenlik” (ve doğal olarak bir de “hukuki kişilik”) şeklinde sıralayabiliriz.

Devletin standart olarak üç temel özelliğinin bulunduğu dikkat çekilmektedir¹⁰⁶. İlkin, devlet, cebir kullanma (fiziksel güç kullanma) tekeline sahip olan bir organizasyondur. Bahsedilen yönü ile devlet, bireylerin iradesinin dışında ve üstünde olan bir kuvvet olmakla kalmaz; bireylere emir verebilir ve onları belirli bir davranışı sergileme noktasında zorlayabilir. İkinci olarak, devlet, bir hukuk sistemidir. Yani, önceden bilinen kurallara ve önceden belirlenmiş olan usullere (yöntemlere) uygun olarak kullanılan bir güçtür. Ve nihayet üçüncü olarak devlet, uygulamada haklı ve adil olarak kabul edilen bir üstünlük durumudur ya da bir hâkimiyet (egemenlik), hükümlerlik, yönetim iktidarı ve bağımsızlık durumudur.

E-ANAYASA

Anayasa (constitution) kelimesi, orijini Fransızca olan (constitute) fiilinden türemiştir ve sözü edilen bu fiil; “oluşturmak, yapmak, meydana getirmek, kurmak, teşkil etmek, atamak, tayin etmek” gibi anlamlar taşımaktadır.

¹⁰⁰ GÖZLER, s. 135. Ayrıca bkz., DOEHRING, s. 24.

¹⁰¹ GÖZLER, s. 139; AKAL, *İktidarın Üç*, s. 18 ve 340. Maurice Hauriou ise, aynı olguyu, iktidarın kurumsallaşması olarak karşılamaktadır. Bu konuda bkz., ESEN, s. 94.

¹⁰² John Rawls “kurum” kavramını şöyle tanımlar: “Kurum, her şeyden önce, soyut bir nesne, bir kurallar sistemiyle dile getirilmiş olası bir davranış biçimidir; sonra da, bu kuralların buyurduğu eylemlerin, belli bir anda ve yerde, belli kişilerin düşünce ve davranışlarında somutlaşmasıdır.” Kutsallaşmış siyasal iktidar tipinden kurumsallaşmış siyasal iktidar tipine geçiş, kişiden kuruma, somuttan soyuta geçişin de belirtisidir. Kurum sözcüğü, “süreklilik” içeren anlamı ile kullanılmalıdır. Bu konuda bkz., AKAL, *İktidarın Üç*, s. 73.

¹⁰³ COUTURE, s. 835.

¹⁰⁴ WROE, s. 797; DUGUIT, s. 88; ESEN, s. 45 ve 237; ZABUNOĞLU, *Kamu Hukukuna*, s. 121; TUNAYA, s. 159; ÖZÇELİK, s. 151-152; ERDOĞAN, s. 95; OKANDAN, s. 819-820.

¹⁰⁵ GÖZLER, s. 155-163; ZABUNOĞLU, *Kamu Hukukuna*, s. 73-141; ÖZÇELİK, s. 39.

¹⁰⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., COUTURE, s. 835.

Fransız orijinli İngilizce bir kelime olan “constitution” ise, İngiliz lüğatinde; “anayasa, tüzük, bir ülkenin veya kurumun nasıl yönetileceğini ve bireylerin haklarını belirten temel yasa veya temel kurallar dizini” şeklinde betimlenmektedir.

Anayasa (constitution) kelimesi dilimizde sırasıyla; kanunuesasî, teşkilatı esasîye kanunu ve anayasa şeklinde kullanılmıştır¹⁰⁷. Kanunuesasî, kelime olarak, “asıl kanun”, “temel kanun”, “ana kanun” demektir¹⁰⁸. O halde anayasa, “bir devletin temel kanunu”¹⁰⁹ olarak anlaşılabilir gibi; “devletin temel organlarını ve onların iktidarlarını belirleyen ve düzenleyen hukuk kuralı”¹¹⁰, “devletin oluşumuna ve devamına ilişkin temel kuruluş”¹¹¹ belgesi” şeklinde de kavranabilir. Bir başka ifade ile anayasa, “devletin yönetim düzeni”¹¹²; “devletin yönetim planı ya da yönetim çerçevesi”¹¹³ veya “devletin yönetimine ilişkin yetkilerin bölüşümü”¹¹⁴ şeklinde de karşılanabilir. Etimolojik olarak ise anayasa teriminin, “yasaların anası” yani “yasaların kendisinden doğduğu yasa” anlamına geldiği söylenebilir¹¹⁵.

Bir bakış açısına göre, anayasa kavramının, “hukuki” ve “siyasal” olmak üzere esas olarak iki farklı yaklaşım ile tanımlanabileceği iddia edilmektedir¹¹⁶. **Hukuki olarak anayasa**, “ikincil normların kendisinden türediği temel normatif kaynak olarak ülkenin en üstün hukuku”dur¹¹⁷. **Siyasal olarak anayasa** ise “bir manifestodur/bildiridir” ya da “bir organizasyon şemasıdır” veya “iktidar haritası”dır¹¹⁸. Günümüzde pek çok anayasada tespit edilebilir nitelikte olan anayasanın bahsedilen bu üç unsuru (yani; üstün bir hukuk kuralı olması, siyasal manifesto olması ve devlet iktidarının haritası olması), ontolojik durumlarına göre, bir anayasayı liberal ya da otoriter olarak nite-

¹⁰⁷ GÖZLER, s. 20.

¹⁰⁸ GÖZLER, s. 20.

¹⁰⁹ ÖZÇELİK, s. 98-99; SOYSAL, s.14; KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 283; SANCAR, s. 80-81.

¹¹⁰ CRAIG, s. 126.

¹¹¹ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 259-260.

¹¹² SOYSAL, s. 14; GÖZÜBÜYÜK, s. 84.

¹¹³ SARTORI, s. 252-253.

¹¹⁴ DOEHRING, s. 43.

¹¹⁵ GÖZLER, s. 21.

¹¹⁶ GÖNENÇ, *Prospects for*, s. 8.

¹¹⁷ GÖNENÇ, *Prospects for*, s. 8.

¹¹⁸ GÖNENÇ, *Prospects for*, s. 8.

lendirmede temel kriter olarak kabul edilmektedirler¹¹⁹. Öte yandan anayasa; “bir devlette, merkezi yönetimin ve yerel yönetimlerin kompozisyonunu ve fonksiyonunu belirleyen kurallar ve yöntemler” şeklinde de karşılanabilmekte ve bu tanıma bir anayasanın “birey ve devlet arasındaki ilişkileri düzenlediği” olgusu da eklenebilmektedir¹²⁰.

Ulusal doktrinde¹²¹ ise, bir anayasanın, 18. yüzyıl sonrasında iki farklı anlamının olduğu iddia edilmektedir. Teziç¹²² tarafından ifade edilen birinci yaklaşıma göre, **devletin statüsü olması** anayasanın hukuki anlamı iken; **devlet iktidarını sınırlayıcı nitelik içermesi** de, anayasanın siyasal anlamını açıklamaktadır. Yani, Teziç, bir anayasanın, hukuki ve siyasi olmak üzere iki farklı anlam içerdiğine dikkat çekmektedir. Özbudun¹²³ tarafından dillendirilen görüşe göre ise, 18. yüzyıl sonrasında anayasanın fonksiyonel anlamı ön plana çıkmaktadır. Özbudun’a göre anayasanın fonksiyonel anlamı; anayasanın **devlet iktidarını sınırlandıran bir hukuki araç** olmasında yatmaktadır; devlet iktidarını sınırlandırmayan bir anayasa ise, yine Özbudun’a göre, olsa olsa sadece biçimsel anlamda bir anayasa olacak ve dolayısıyla da fonksiyonunu icra edemeyecektir. Dikkat edildiğinde kolaylıkla tespit edilebilecek olan, anayasanın, devlet iktidarını sınırlandıran nitelikte bir hukuk metni özelliği taşıdığıdır. Sözü edilen özellik, ulusal doktrinde, Teziç tarafından “anayasanın siyasal anlamı” olarak kavranmakta iken; Özbudun tarafından ise “anayasanın fonksiyonel anlamı” şeklinde karşılanmaktadır. Aslında her iki yazarın da ortak olarak vurguladıkları ve fakat farklı terimler ile ifade ettikleri içerik, “anayasanın, devlet iktidarını sınırlandıran bir hukuk metni olduğu” noktasında odaklaşmaktadır. Anayasa terimi, günümüzde, nihai olarak ise, “**normlar hiyerarşisinde en üstte bulunan ve kanunlardan daha zor usullere tabi olan hukuk kurallarının tamamı**” şeklinde açıklanmaktadır¹²⁴.

Özüne indirildiğinde gözlemlenen, anayasanın; devlet iktidarını kullanacak olan organları, bu organların yetkilerini¹²⁵ ve de idare edilenlerin hak-

¹¹⁹ GÖNENÇ, *Prospects for*, s. 9.

¹²⁰ MARTIN, s. 108.

¹²¹ TEZİÇ, s. 4 ve 138; ÖZBUDUN, s. 42.

¹²² TEZİÇ, s. 4 ve 138.

¹²³ ÖZBUDUN, s. 42.

¹²⁴ GÖZLER, s. 51.

¹²⁵ ZABUNOĞLU, *Kamu Hukukuna*, s. 36; TURHAN, s. 33.

ları ve özgürlükleri ile işkili olan¹²⁶ temel konuları düzenleyen bir hukuk metni olduğu gerçeğidir. Dolayısıyla bir anayasa, bireyin (haklarının ve özgürlüklerinin alanının genişletilmesi suretiyle) korunması için devlet iktidarını sınırlama¹²⁷ ve devleti hukuk ile bağlayarak anayasal devleti gerçekleştirme¹²⁸ işlevini icra etmektedir. Anayasanın peşinde olduğu asıl hedef, devlet iktidarının “keyfi”, “denetimsiz”, “kendi istediğini yapan bir şekilde” ve “zorbaca” kullanımını önlemek; insanların değil de, geleneksel olarak ifade edildiği şekliyle “kuralların yönetimini” gerçekleştirmektir¹²⁹.

Devlet, anayasa tarafından oluşturulur ve bu anayasa, devleti ve devletin iktidarını üstün bir kanun ile sınırlandırır¹³⁰. Anayasa, devlet iktidarını, bir taraftan düzenlemekte, bölmekte ve de sınırlandırmakta iken¹³¹; öte yandan da, aynı zamanda, devlet iktidarını meşrulaştırma fonksiyonunu yerine getirmektedir¹³². Anayasalar, devlet iktidarının kullanımı ile ilgili olan bir dizi kurallar ve gelenekler içermekte; toplumun yönetilmesine ilişkin kararların “kim tarafından ve hangi usuller ekseninde” alınacağını tespit etmektedirler¹³³.

Anayasa, devletin yönetilmesine ilişkin olan usullerin ve bireylerin haklarının ve özgürlüklerinin yasal çerçevesini tasvir etmekte; anılan bu usuller ve haklar ekseninde kullanıldığında devlet iktidarı, doğal olarak, sınırlandırılmış olmaktadır¹³⁴. Fakat mutlaka belirtilmelidir ki, despotik hükümler ile de donatılmış olabileceğinden, anayasası olan her devlet, ipso facto, sınırlı devletin gerçekleştirildiği anlamına gelmez¹³⁵. Bu tip devletlerde biçimsel olarak bir anayasa vardır; fakat o anayasa, devlet iktidarını sınırlandırma fonksiyonunu yerine getirmeyen bir metin olmaktan ileri geçemez. Anayasal devlet ise, kısaca, kurallara göre yönetilen, keyfi olmayan ve anayasa ile sınırları belirlenmiş olan devlettir¹³⁶. Devlet iktidarını kullananların, “**ne yaptysak**

¹²⁶ TUNAYA, s. 116; ÖZÇELİK, s. 98-99.

¹²⁷ BELLAMY, s.123; DUGUIT, s. 137; GÖZÜBÜYÜK, s. 4; ERDOĞAN, s. 12 ve 20-21; SARTORI, s. 253; HAYEK, s. 3; SANCAR, s. 134; TURHAN, s. 1 ve 10; GÖZLER, s. 72.

¹²⁸ ESEN, s. 45 ve 83.

¹²⁹ BELLAMY, s.123.

¹³⁰ FELLMAN, s. 486.

¹³¹ FELLMAN, s. 491; GÖNENÇ, *Prospects for*, s. 3.

¹³² FELLMAN, s. 491.

¹³³ BELLAMY, s.123.

¹³⁴ WEALE, s. 115; BELLAMY, s.123-124.

¹³⁵ FELLMAN, s. 485.

¹³⁶ TURHAN, s. 1.

devlet için yaptık” illüzyonu adı altında her türlü hukuk dışılığı ve keyfiliği meşrulaştırmak ve gizlemek için arkasına sığındıkları bir kavram olan “**hikmet-i hükümet**” ise, anayasal devletin tam tersi olan bir terime işaret etmektedir¹³⁷. Bu yönü ile anayasal devlet kavramı, her türlü hukuk dışılığı ve keyfiliği engellemeyi amaçlamaktadır.

Devletin kuruluş düzeni ya da statüsü olan bir anayasada, esas olarak, devletin organları ve bireylerin hakları ve özgürlükleri yer alır¹³⁸. Değişik bir söyleyişle, bir anayasa metni, toplumun yönetilmesine ilişkin olan **oyunun kurallarını** koyarak, bir yandan yönetenlerin yetkilerini belirlemekte, öte yandan ise idare edilenlerin haklarının ve özgürlüklerinin altını çizmektedir¹³⁹.

18. yüzyıl öncesi geleneksel anayasa (“teamüli anayasa” ya da “yazısız anayasa”) mevcut iken¹⁴⁰; 18. yüzyıl sonrası yazılı anayasa ile karşılaşmaktayız¹⁴¹. Yetkili bir organ tarafından bir belge içinde toplanmış ve kâğıt üzerinde ifade edilmiş olan yazılı anayasa kuralları hem okunabilir niteliktedir, hem de bu kuralların tek bir metin içinde toplanması şartı yoktur¹⁴². Yazılı bir metne sahip olmayan geleneksel anayasa (teamüli anayasa ya da yazısız anayasa) ise, aslında, anayasal alanda devletin temel organlarına ilişkin örf ve adet hukuku kurallarıdır¹⁴³. Peki, ne olmuştur da, geleneksel anayasa sisteminden yazılı anayasa sistemine geçilmiştir? Bir başka söyleyişle, yazısız olan örf ve adet hukuku¹⁴⁴ sisteminden, yazılı hukuk sistemine geçişin esas itkisi ne olmuştur? 18. yüzyıl sonrasında yazılı hukuk sistemine ve dolayısıyla da yazılı anayasa sistemine geçilmesinin sebeplerini şu şekilde sıralayabiliriz:

¹³⁷ ARSLAN, s. 59 ve 65.

¹³⁸ KUBALI, s. 5; ÖZÇELİK, s. 98-99.

¹³⁹ TUNAYA, s. 116; ÖZÇELİK, s. 98-99.

¹⁴⁰ TEZİÇ, s. 146; GÖZLER, s. 52-54.

¹⁴¹ ÖZÇELİK, s. 101-106; KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 283; SANCAR, s. 134; TEZİÇ, s. 140; GÖNENÇ, *Orta Çağ*, s. 285.

¹⁴² GÖZLER, s. 52.

¹⁴³ GÖZLER, s. 52-53. Bir anayasaya sahip olmak demek, mutlaka yazılı bir belgenin olduğu anlamına gelmez; Britanya, İsrail ve Yeni Zelanda örneğinde gözlemlendiği gibi, yazısız anayasa sistemini benimsediği iddia edilen ülkeler de mevcuttur. Bu konuda bkz., MURPHY, s. 10. Büyük Britanya’nın, adına “anayasa” denilen tekil bir belgesi olmamıştır. Fakat Britanya Anayasasına yazısız anayasa denilmesi de, aslında yanıltıcıdır. Çünkü bu anayasanın pek çok parçası yazılıdır. Örneğin: 1215 tarihli Magna Carta, 1641 tarihli The Habeas Corpus Act, 1689 tarihli The Bill of Rights, 1701 tarihli The Act of Settlement, 1707 tarihli The Act of Union, 1911 tarihli The Parliament Act. Bu konuda bkz., FELLMAN, s. 490-491.

¹⁴⁴ Örf ve adet kuralları; akla dayalı değildir, isteme bağlı değildir, rastlantısal olarak ortaya çıkarlar ve onaya tâbidirler. Bu konuda bkz., IŞIKTAÇ, s. 25.

-Yazılı bir kanunun, yazısız olan hukuk kurallarına göre daha üstün olduğu yolundaki fikrin benimsenmesi ve anayasanın öteki kanunlardan daha üstün olarak kabul edilmeye başlanması.¹⁴⁵

-Devlet idaresini düzenleyen hukuk kurallarının, yazılı olmayan yani açıklıktan yoksun geleneksel kurallar olmaktan çıkarılarak yazılı, açık, kesin ve sistematik bir temel kanun halinde toplanmasının, monarşik yönetimlerin keyfi hareketlerinin ve egemenlik haklarının, yani, devlet iktidarının daha etkin olarak sınırlandırabileceğinin düşünölmeye başlanması.¹⁴⁶

-Yönetenlerin yetkilerini önceden belirli ve kesin kurallara bağlamanın, idare edilenlerin haklarını ve özgürlüklerini de kesin kurallar ile belirlemek anlamına geleceğı yönündeki düşünöcenin ağırlık kazanması.¹⁴⁷

Nihayet belirtilmelidir ki, geleneksel anayasa formundan yazılı anayasa formuna geçiş, sözü edilen bu hareketin kaynağı olduğu iddia edilen sınıfın (yani burjuvazinin) özelliklerinde saklıdır. Ticaret dünyasında doğmuş olan burjuvazinin¹⁴⁸ siyasal ve düşünösel yapısı da, bu ticaret dünyasının yöntemlerine koşut bir ortamdan yana olacaktır¹⁴⁹. Ticarete en yaygın araç sözleşme

¹⁴⁵ ÖZÇELİK, s. 195-196.

¹⁴⁶ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 283; ÖZÇELİK, s. 195-196; İŞIKTAÇ, s. 66-67.

¹⁴⁷ TEZİÇ, s. 148; ÖZÇELİK, s. 195-196; BİLGE, s. 36-37.

¹⁴⁸ Floransa doğumlu olan burjuvazinin, ortaya çıkış tarihi her ne kadar 13. yüzyıl ise de, kusursuz örneğı ile ancak 14. yüzyılda karşılaşılr. Bu konuda bkz., SOMBART, s. 114-115.

¹⁴⁹ Gelişen ve zenginleşen tüccarın ihtiyaçları, uygulanmakta olan geleneksel hukuk kuralları ve kurumları ile bağdaşmıyordu. Uygulanan kurallar yazılı değildi. Ne kurallar, ne de kurumlar yeni ticaret hayatının ihtiyaçlarına cevap vermiyordu; burjuvazi ise, kendi çıkarına kurallar ve düzen peşindeydi. Ticaret hayatının gerektirdiğı çabukluğa ve özelliklere cevap verebilecek bir mahkeme sistemi önemliydi. Bu dönemde senyörlerin, kilisenin ayrı ayrı özel mahkemeleri ve bu mahkemelerde uyguladıkları farklı muhakeme usul ve kuralları vardı. Burjuvazi de kendi mahkemelerini kurma yoluna gitti. Burjuvazi, muhakeme etme hak ve ayrıcalığını senyörlerden satın alarak amacına ulaşmış, daha sonra, mali muhtariyet gerçekleştirilmiş ve şehirler ile yeni vergi usulleri kurmuştur. Bu durum, ayrıcalık tanımayan ve eşitlikçi karakterde bir vergi düzenlemesidir. Yani, varlığa göre vergi. Ayrıca, toplanan vergilerin nasıl sarf edileceğı de, yine, sıkı bir denetim altına alınmıştır. Böylece burjuvazi, kendi kurallarını, yasalarını koyarak, Orta Çağın toplum düzeni içinde gelişmiştir. Burjuvazi, Orta Çağın toplum düzeninin siyasal gücünü temsil eden soyluları, onlara borç para vererek ve sonra da onları iflas ettirerek güç durumlara da sokabiliyordu. Burjuvazi, ulus devletin hizmetinde hukukçular olarak da, kral adına, soyluların eski ayrıcalıklarını ellerinden almış; Kiliseye karşı mücadeleye girişmiştir. Burjuvazi, mutlak monarşiler kurulduktan sonra da, otorite-barış-düzen demek olan Krala hizmet etmiş; fakat aynı zamanda Kraldan yararlanmasını da bilmiştir. Bu konuda bkz., GÖZE, s. 76-77; BİLGE, s. 67-68.

olduğu için, burjuvazi de, toplumu bir sözleşmeler (ve anlaşmalar) ağı olarak görmüş ve çıkarlarını yazılı bir belge ile garanti altına alma yöntemini benimsemiştir.¹⁵⁰ Bir başka söyleyişle burjuvazi, elverişli ticaret ortamı yaratarak sınıfsal çıkarını güvenceye kavuşturmak için, devlet iktidarını kullananların yetkilerini ve bireylerin haklarını ve özgürlüklerini üstün ve zor değiştirilebilir olan bir hukuk metni (anayasa) ile önceden kesin olarak düzenlenmesi usulüne taraftar olmuştur.

F-ANAYASACILIK DÜŞÜNCESİ

“Anayasal” (constitutional) ibaresi, İngiliz lügatinde, kelime olarak; “anayasal, meşruti, anayasa tarafından sağlanan, **anayasa tarafından sınırlandırılan**, bireysel, yapısal” gibi sözcük öbekleri ile karşılanmaktadır. Yine İngiliz lügatine göre kelime olarak “anayasalcılık” (constitutionalism) ise; “anayasacılık, meşrutiyetçilik, anayasa taraftarlığı, **devlet yönetiminin önceden belirlenmiş yasalara ve ilkelere dayanması gerektiği** yönündeki yaklaşımı savunan görüş” olarak tasvir edilmektedir.

1700’lü yılların sonlarından itibaren¹⁵¹ özellikle burjuvazinin ihtiyaçlarının ve arzu ettiği özgür ve güvenli pazar ortamının gerçekleştirilmesine ilişkin girişimlerinin sonucunda¹⁵² belirginleşmeye başladığı iddia edilen

¹⁵⁰ EROĞUL, s. 20. Orta Çağdan Yeni Çağa geçiş, Orta Çağ Hristiyan etiğinden, Yeni Çağ ticaret etiğine geçiş anlamına gelir. Bir başka ifade ile bu değişim, kentlerin ve tacir sınıfın oluşumu ile ilişkilidir. Ticaret etiği, Avrupa’da, 12. yüzyılda tek tük ortaya çıkan ve 14. – 15. yüzyıllarda yaygınlık kazanan kentlerde, kârın bir ilerleme, mübadelenin bir uygarlık aracı olarak görüldüğü yeni bir ahlak, kilise ile soylulara karşı verilen dişe diş bir ideolojik mücadele sonunda gelişti. Batı’nın ilk bürokratik organı olan kilise, temel olarak öte dünyanın daha önemli olduğunu düşündüğünden, başlangıçta, tacirlerin zenginleşmesine iyi bakmamış ve ticaret etiğine karşı çıkmıştır. İhtiyaçları doğrultusunda yeni hukuki düzenlemeler isteyen tacirler, hem feodal hukuk düzenine, hem de düelloya karşıdır. Tacir, dünyevi bir adalet ister. Adaleti ise dünyevi bir kurgu belirleyecektir. Yani adalet, mülkün temeli olur. Bu yeni sınıf inançsız değildi. Her ticari sözleşme, Tanrı-İsa-Meryem diye başlıyordu. Fakat eylemin belirleyicisi Tanrı değildi. Tacir, sadece, Tanrının karışmasını istemiyordu. Tanrının yerini ticari devlet almalydı. İşte, modern siyasal-hukuksal kavramsallaşma da zaten bu arayışın bir ifadesidir. Tanrının dünyevi alandan dışlanması, modern kavramların varlık nedenidir. Kilise, ticaret etiğine karşı verdiği mücadeleyi kaybeder ve zamanı tacire kaptırır. Tacir, mesafeler, ölçüler ve sayılar gibi zamanı da yeniden düşünür. Orta Çağın aydını olan din adamının yerini, kağıt-kalem kullanarak iş yapan yeni bir aydın tipi alır. Kilisenin yerini de, bu yeni aydın tipini yetiştirecek olan OKUL alır. Hatta düzenli ticari hesaplar yapılabilmesi için de, tarihin hep 1 Ocak’ta başlaması gerekiyordu. Meydan saatleri de, kilise çanlarının yerini alır. Bu konuda bkz., AKAL, *İktidarın Üç*, s. 67-69. Ayrıca bkz., SOMBART, s. 135-136 ve s. 328-329. Burjuva; zamanı düzenler, yetiştirir, öğretir ve hesap-kitap yapar. SOMBART, s. 211.

¹⁵¹ ÖZBUDUN, s. 42; SANCAR, s. 134; SARTORI, s. 251; GÖZLER, s. 70.

¹⁵² SOYSAL, s. 15.

“anayasacılık düşüncesi”; “**sınırlı ve bölünmüş iktidarı sağlamaya yönelik ilkeler, kurumlar, teknikler ve fikirler bütünü**” olarak tanımlanmaktadır¹⁵³. Yani, siyasal iktidarın, bireysel özgürlükleri korumak için (üstün bir) hukuk ile sınırlandırılması¹⁵⁴ (hukuk devleti) ve siyasal iktidarın devlet organları arasında bölüştürülmesi (kuvvetler ayrılığı) anayasacılık olarak karşılanmaktadır¹⁵⁵. Anayasacılık, bazen devlet iktidarının sınırlandırılması, bazen de devlet iktidarının bölünmesi olarak tanımlanmaktaysa da, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı olarak kavramsallaştırılabilecek olan bu iki yaklaşım, aslında anayasacılığın iki temel unsurunu oluşturmaktadır¹⁵⁶. Değişik bir söyleyişle anayasacılık; “yazılı kanunları, gelenekleri, idealleri ve arzuları, hukuk devleti şekline” ya da “temel ve en yüksek bir kanun şekline” dönüştürme ve bunları kaynaştırma sanatı ve usulüdür/yöntemidir¹⁵⁷.

Anayasacılık; keyfi (denetimi olmayan, başkalarının iradelerini umursamayan) bir yönetimin karşıtı olarak ya da sadece kamu görevlilerinin karar almasının karşıtı olarak, devletin üzerindeki yasal sınırlandırmayı içeren hukuk devleti¹⁵⁸ idealini yansıtır¹⁵⁹. Siyasal bir toplumda, istedikleri her şeyi yapma konusunda serbest davranabilme yetkisine sahip olmayan devlet görevlileri; toplumun “**en üstün kanununda**” (yani anayasasında) belirtilmiş ve devlet iktidarının kullanımına ilişkin olan sınırlandırmaları ve karar alma usullerini göz önünde bulundurmamak zorundadırlar¹⁶⁰; ki anılan olgu, hukuk devletini kodlamaktadır. Öte yandan, kuvvetler ayrılığının temel amacı ise, devlet iktidarını dağıtarak ve devletin hesap verir olmasını sağlayarak hakları ve özgürlükleri korumak ve tiranlığı/zorbalığı önlemektir¹⁶¹. Değişik bir söyleyişle anayasacılığın özü, **bireysel özgürlükleri korumak için devlet**

¹⁵³ GÖNENÇ, *Orta Çağ*, s. 267-268 ve 287; ÖZBUDUN, s. 42-43; FRIEDRICH, s. 29 ve 90; ARSLAN, s. 21-22.

¹⁵⁴ FELLMAN, s. 485; HENLEY, s. 765; DRY, s. 5.

¹⁵⁵ DRY, s. 5; FRIEDRICH, s. 29 ve 190; GÖNENÇ, *Orta Çağ*, s. 267-268 ve 287; ÖZBUDUN, s. 42-43; ARSLAN, s. 21-22.

¹⁵⁶ GÖNENÇ, *Prospects for*, s. 13.

¹⁵⁷ FELLMAN, s. 485.

¹⁵⁸ Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü demektir. Değişik bir ifade ile, devletin cebri iktidarının, önceden bilinen ve sınırları açıklanmış olan yasal kurallar ve ilkeler ile sınırlandırılmış olduğu devlet demektir. Hukuk devletinde, yönetenler ve idare edilenler yani bütün kişiler, hukuk önünde eşittirler ve hepsi hesap verir konumdadırlar. Bu konuda bkz., HENLEY, s. 765.

¹⁵⁹ COUTURE, s. 837; FELLMAN, s. 485; HENLEY, s. 765-767.

¹⁶⁰ FELLMAN, s. 485.

¹⁶¹ WROE, s. 798.

iktidarını sınırlandırmak¹⁶², sınırlı devlete giden yolun hukuki zeminini döşemektir.

Bu noktada belirtilmesi gereken, üstün bir hukuk kuralı ile devleti sınırlandırma fikrinin, modern bir düşünce olmadığı; siyasal toplumun temel normlarının düzenlenmiş olduğu yüksek bir kanun fikri ve kavramının uygarlık kadar eski olduğudur¹⁶³. Eski Yunan’da “**politeia**” ve de Latince olarak (Cicero tarafından ifade edildiği şekliyle) “**constitutio**” anayasacılık düşüncesine ilişkin fikirlerin erken dönem ifade ediliş şekilleridirler¹⁶⁴. Yani, her ne kadar modern şekli Thomas Hobbes (1588-1679) ve Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) tarafından ifade edilmiş olsa bile, anayasacılık düşüncesinin izleri Stoacılar (M.Ö. 300-M.S.100), Plato’da (M.Ö. 427-347) ve Roma Hukuku’nda tespit edilebilir niteliktedir¹⁶⁵. Anılan durum da göstermektedir ki, devlet iktidarını sınırlandırma olarak tanımlanan anayasacılık düşüncesinin ideolojik temeli liberalizm, sınıfsal temeli de burjuvazi değildir.

Anayasacılık düşüncesinin gerçek anlamda uygulanabilmesi için; hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, insan hakları, demokrasi, federalizm ve anayasanın üstünlüğü gibi kurumsal gereklerin zorunlu olduğuna vurgu yapılan¹⁶⁶ doktrinde; yazılı, katı ve üstün bir anayasa yapmak **geleneksel anayasacılık** olarak tanımlanırken; bahsi geçen özelliklere anayasa yargısını eklediğimizde ise **modern anayasacılık** kavramına ulaşılabacağına dikkat çekilmektedir¹⁶⁷.

II – DEVLET İKTİDARININ SINIRLANDIRILMASI KONUSU

Toplumun yönetilmesine ilişkin bir “ilke/kural” ve “bu ilkenin/kuralın uygulanması” arasındaki ilişki, siyasal iktidar ilişkisidir. Bu bağlamda siyasal iktidar, ilk toplumlardan itibaren tarihin her döneminde, sosyalliğin olduğu her ortamda vardır. Bir başka ifade ile yasa ve uygulama arasındaki bağ kurulmadan, yasa ve uygulama ilişkisi olmadan sosyallikten söz edilemez. İnsanların birlikte yaşaması anlamında sosyallik, bir başka söyleyişle “bir aradalık”, aynı zamanda, ortak yaşama ilişkin bir ilkeye ve bu ilkenin uygulan-

¹⁶² GÖZLER, s. 67 ve 70; ERDOĞAN, s. 15 ve 20–21; SANCAR, s. 134; TURHAN, s. 10; ARSLAN, s. 21, 32 ve 77.

¹⁶³ FELLMAN, s. 492.

¹⁶⁴ MCILWAIN, s. 24-25.

¹⁶⁵ CONKLIN, s. 233; DRY, s. 5.

¹⁶⁶ ERDOĞAN, s. 22-24.

¹⁶⁷ GÖZLER, s. 71.

ması gerekliliğine bağlıdır. Kuralsız yaşam, kaotik bir ortama ve keyfiliğe yol açar. Toplumun yönetilmesi ise “yöneten-idare edilen” ilişkisini ve taraflarını ortaya çıkarır. Bir tarafta yönetici vardır, yani emir veren; öte yanda ise idare edilen vardır; yani verilen emre rıza gösteren. Toplumun yönetilmesine ilişkin olan ilke, bir yandan yöneticinin yetkilerini belirleyerek, yöneticiyi keyfi yönetim pratiğinden uzak tutmakta, öte yandan da, doğal olarak, yöneticinin yetkisiz olduğu konuları ve alanları açığa çıkararak daha belirgin kılmaktadır. Yani, yöneticinin yetkilerinin tahdidi olarak belirlenmesi ya da yöneticinin hangi alanlarda yetkili olduğuna açıkça vurgu yapılması, açıktır ki, yöneticinin hangi durumlarda yetki aşımında (ultra vires) bulunmuş olacağına ilişkin tespitlerin sınanabilmesini de kolaylaştıracaktır. Yöneticinin yetkili olmadığı alan ise, idare edilenlerin serbest hareket edebileceği faaliyet alanını tasvir etmektedir.

Kural olmadan insanların bir aradalığı sağlanamaz. Fakat öte yandan, her halükarda bir kuralın olması da, mekanik olarak, toplumun yönetilmesinde keyfiliğin olmadığı anlamına gelmez. Çünkü kural, yöneticinin istediği her şeyi yapabileceği ilkesini içeren bir şekilde tasarlanmış olabilir. O halde insanların bir aradalığı, bir ilkeye, bir kurala (düstura ya da yasaya) ihtiyaç duyar. Bu ilkeye de, herkesin (cebir yolu ile) uymasının sağlanması yani yasanın istisnasız herkes bakımından uygulanır kılınması gerekmektedir. Yasa ve uygulama olmadan bir aradalık sağlanamayacak; emir ve itaat ilişkisi, bir başka söyleyişle yöneten-idare edilen ilişkisi, “otoriteye rıza göstermeden” kurulamayacaktır. Sözü edilen durumun anlattığı, yöneticinin, baskısını (otoritesini ya da iktidarını) toplumun rızasına dayandırmadan, toplumu yönetemeyeceği olgusudur. O halde, yöneticinin iktidarına, idare edilenlerin rıza göstermesi gerekir ki, bir aradalık, bir başka söyleyişle siyasal iktidar ilişkisi kurulabilsin ve meşruiyet sağlanabilsin. Yöneticinin keyfi davranması ve idare edilenlerin haklarını hiçe sayması, rızayı azaltacak hatta tamamen ortadan kaldıracaktır. Rıza olmadan otorite ilişkisinin kurulmaya çalışılması ise zorbalık anlamına gelir ve bir aradalık sağlanamaz. Bu bağlamda, yöneticilerin yetkilerinin ya da toplumun yönetilmesine ilişkin kuralların önceden bilinebilir olması, keyfiliği ve de en azından keyfilik iddiasını gündeme getirebilmeyi kolaylaştıracaktır. Yöneticilerin keyfiliğinin engellenmesi, yönetme fonksiyonunun kurala bağlanmasını gerektirir ki, bunun adı da, yasa (yaygınlıkla 1700’lü yılların sonlarından itibaren ya da 18. yüzyıldaki ifadesiyle ise **ANAYASA**) olarak ifade edilmektedir. Bu noktada sorun, yöneticinin sınırlandırılması, hatta

daha doğru bir ifade ile yöneticinin yetkilerinin sınırlandırılması ile ilişkilidir. Bir başka söyleyişle problem, sınırlı yönetim ya da devletin sınırlandırılması kavramında ortaya çıkmaktadır.

Toplumun yönetme fonksiyonunu üstlenenlerin yetkilerinin önceden bilinir olması, toplumun idare edilmesine ilişkin faaliyetlerinde sınırlı olmaları ve dolayısıyla da keyfi davranamayacakları anlamına gelir. Keyfi davranamayan yönetici de, bir ilke ya da bir yasa ekseninde hareket edebilecektir. Dolayısıyla bu yasa ya da ilke, yöneticinin yetkilerini açıklığa kavuşturduğu ölçüde, aynı zamanda yöneticiyi sınırlandırmış, kurala bağlamış da olacaktır. Toplumun yönetilmesinin temel ilkelerini düzenlemiş olan anılan bu yasaya, hem toplumun, hem de yöneticilerin uyması gerekir ki, arzu edilen sınırlı yönetim ya da keyfi olmayan yönetim uygulanabilir olsun.

Sınırlı yönetim ya da devletin sınırlandırılması derken, esas olarak, devlet iktidarını ya da siyasal iktidarı kullananların yetkilerinin sınırlandırılması anlatılmak istenmektedir. Bir başka söyleyişle sınırlı devlet, devlet adına yetki kullananların, kullandıkları bu yetkilerin açık ve tahdidi olarak önceden bilebilir olmasını ifade etmektedir. Egemenlikten ya da siyasal iktidardan kaynaklanan devlet iktidarı yetkileri ise yasama, yürütme ve yargılama fonksiyonunu yerine getirenleri akla getirir. Devleti sınırlandırmak demek; yasa yapma, bu yasaları uygulama ve hukuki uyumsuzlukları çözüme kavuşturma konusunda yetki kullananların yetkilerinin sınırlandırılması anlamına gelir. Özüne indirgendığında, sınırlı devlet, devlet iktidarını kullananların yani yöneticilerin yetkilerinin nelerden ibaret olduğunun bilinmesi, bu yetkilere aykırı davrandıklarında yani yetkilerini aştıklarında bundan dolayı hesap verir, sorumlu tutulabilir konumda bulunmalarını ifade etmektedir. Bu yazıda, yasa yapanların ve bu yasayı uygulayanların yetkilerinin sınırlandırılması, devlet iktidarının sınırlandırılması anlamında kullanılacaktır. Çünkü devlet iktidarı ya da öteki adıyla siyasal iktidar veya egemenlik, toplumun yönetilmesine ilişkin yasa yapma ve bu yasayı uygulama iktidarı anlamına gelmektedir. O halde, yönetici ne ile sınırlandırılmalıdır? Değişik bir ifadeyle, devletin iktidarının sınırlandırılmasına ilişkin ölçütler nelerdir? Bu ölçütlerden en etkin olanı hangisidir? Anılan sorular, siyasal düşünceler tarihinde, ilk toplumlardan, dolayısıyla da ilk düşünürlerden itibaren yanıtlanmaya çalışılmıştır. Fakat geldiğimiz bu noktada konu ile ilgili olarak doktrindeki iki zıt yaklaşıma da işaret edilmelidir. Doktrinde, devlet iktidarının sınırlandırılmasına ilişkin

düşüncenin tamamen modern bir yaklaşım olduğunu¹⁶⁸ ve 15. yüzyıl yazarlarınca işlendiğini¹⁶⁹ iddia eden çevreler olmasına rağmen; daha doğru bir şekilde (ve de bu yazıda öne sürülen tez ile de uyumlu olarak) devlet iktidarının sınırlı olduğu fikrinin çok eski olduğu¹⁷⁰ hatta antik çağdan beri düşünüldüğü¹⁷¹ noktasında da iddialar vardır. Lâkin bu yazıda da gösterildiği üzere, devlet iktidarının sınırlandırılması düşüncesi, bir başka ifade ile **sınırlı devlet iktidarı** kavramı ve fikri, yeni bir düşünce değildir; ifade edilenin tam da aksine, ilk toplumlardan itibaren konu üzerine düşünenlerce yanıt bulunmaya çalışılan bir sorundur. Siyasal düşünceler tarihinde her düşünür, devlet iktidarının sınırlandırılmasına özgü, kendince çeşitli sınırlandırma ölçütleri önermiş; yani, siyasal iktidarı, zaten “**sınırlı**” olarak tasavvur etmiştir. İşte bu makalede genel olarak üzerinde durulan konu da, devletin iktidarının sınırlandırılmasına ilişkin olan ölçütlerin neler olduğunun tespit edilmesi noktasında odaklanmaktadır.

Yöneten-idare edilen ilişkisini yani yasa ve uygulama ilişkisini ifade etmek için tarihsel düzlemde ilkin siyasal iktidar kavramı kullanılmakta iken, zamanla, modern bir kavram olan, egemenlik kavramına başvurulmaya başlanmıştır. Egemenlik kavramı ile yasa ve uygulama ilişkisi bağlamında artık yasanın dünyevi niteliği ön plana çıkmış; modern devlet de egemenlik kavramı ile belirginleşmiştir. Bir siyasal iktidar tipi olarak kavranmakta olan devlet, aslında **kurumsal hale gelmiş bir çeşit siyasal iktidardan** başka bir şey değildir. Dolayısıyla bu yazıda, egemenlik ya da siyasal iktidar kavramı, devlet iktidarı terimi ile aynı anlamda olmak üzere kullanılacaktır. Yani, yasa yapma ve bu yasayı uygulama, bu yazıda, doktrinde kimi yazarlarca¹⁷² da kullanıldığı gibi, **devlet iktidarı** sözcük öbeği ile karşılanacaktır.

Bireysel haklar ve özgürlükler alanının genişletilmesi amacıyla devlet iktidarının sınırlandırılması derken, vurgulanmak istenen, asıl olarak, devlet iktidarı adına yetki kullananların yetkilerinin sınırlandırılmasıdır. Yoksa başlı başına “devletin sınırlandırılması” ifadesi, devlet kavramı soyut olduğu için anlamsızdır. Bu bağlamda aslında anlatılmak istenen yasama, yürütme

¹⁶⁸ Bu konuda bkz., DUGUIT, s. 142; ERDOĞAN, s. 13.

¹⁶⁹ ESEN, s. 64.

¹⁷⁰ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 249; ZABUNOĞLU, *Devlet Kudretinin*, s. 1, 31 ve 172; OKANDAN, s. 798.

¹⁷¹ SANCAR, s. 34.

¹⁷² BELLAMY, s. 123; OKANDAN, s. 746; AKIN, s. XI-XII.

ve yargılama şeklinde kavramsallaştırılan devlet yetkileridir. Tersinden ifade edersek, yasa yapma ve (yargılama da dâhil olmak üzere) bu yasayı uygulama fonksiyonu, devleti somutlaştıran işlevlerdir. Dolayısıyla sınırlı devlet demek, aslında, anılan bu fonksiyonları (yasama fonksiyonunu, yürütme fonksiyonunu ve yargılama fonksiyonunu) kullanan kişilerin yetkilerinin kısıtlanmasını içermekte ve de anlatmak istemektedir. Sınırlı devlet ya da devletin sınırlandırılması kavramı, içerik olarak, bireysel özgürlüklerin korunması için yasama, yürütme ve yargı organlarının yetkilerinin önceden yazılı olarak bilinmesini ve anılan bu yetkilerin devletin organları arasında bölüşülmesini bünyesinde barındırmaktadır. Bahsedilen olgu da, bir yasa ile, bir kural ile ya da bir ilke ile hukuki bir metinde somutlaştırılmaktadır. Böylece, yönetenlerin yetkileri ve idare edilenlerin hakları ve özgürlükleri, önceden hukuki olarak bir güveneye kavuşturulmuş olmaktadır.

Bu yazının esas inceleme alanı ise, siyasal düşünceler tarihine fikirleri ile yön veren filozofların, devletin sınırlandırılmasına ilişkin olarak önermiş oldukları ölçütler ve bu ölçütlerin etkililiği meselesi olacaktır. Bu bağlamda, nihai tahlilde yanıtı aranacak olan soru şudur: Devletin sınırlandırılması problemi, 17. ya da 18. yüzyıl ve sonrasında mı ortaya çıkmıştır; yoksa ilk toplumlardan itibaren düşünürler, zaten, sınırlı devletten yana tavır takınmış ve görüş açıklamışlar mıdır? Sorunun yanıtı önemlidir. Çünkü anılan soruya verilecek yanıtlara göre; ya denilecektir ki, sınırlı devlet ya da anayasacılık düşüncesi sadece liberalizm ile ilişkilidir, dolayısıyla sadece sözü edilen bu ideolojiyi benimseyen filozoflar devletin sınırlandırılmasından yana olan bir tavrın sahibidirler; ya da denilecektir ki, devletin sınırlandırılması fikri, ilk toplumlardan itibaren vardır ve zaten toplum olmanın da temeli, bir başka söyleyişle sosyalliğin temeli, yönetenlerin bir “ilke/kural” ekseninde toplumu yönetebilmesidir. O zaman da, ilkin ve sadece liberalizm ideolojisinin bir buluşu ve takdimi olarak lânse edilen ve tedavüle sokulan sınırlı devlet argümanı, ideolojik boyutundan arındırılıp, belirli bir zamanla ve belirli bir mekânla sınırlı olma yönündeki bağımlı koparıp, evrenselleşebilecektir.

III - SİYASAL DÜŞÜNCELER TARİHİNDE DÜŞÜNÜRLERİN DEVLET İKTİDARININ SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN OLARAK ÖNERDİKLERİ ÖLÇÜTLER

Siyasal düşünceler tarihinde, düşünürlerin, daha ilk toplumlardan itibaren, devlet iktidarının sınırlı olduğunu ve yönetenlerin toplumu yönetirken

keyfi davranamayacaklarını her fırsatta vurguladıklarını belirterek başlamak, yazının bu bölümü için, yerinde bir cümle ve iddia olacaktır. Sonrasında ise, bu iddiayı desteklemek üzere, siyaset konusunda fikri olan düşünürlerin, devlet iktidarını sınırlandırmak üzere vurguladıkları ölçütlerin altının çizilmesi ve sözü edilen bu ölçütlere dikkat çekilmesi, işimizi ve iddiamızı oldukça kolaylaştıracaktır.

**A - ESKİ ÇAĞDA DEVLET İKTİDARININ
SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN OLAN ÖLÇÜTLER**

FİLOZOF	ÖNERDİĞİ SINIRLANDIRMA ÖLÇÜTÜ
HEZIODOS ¹⁷³ (M.Ö. 9. - 8. yüzyıl)	Adalet
GNOMİK ŞAİRLER ¹⁷⁴ (M.Ö. 7. – 6. yüzyıl)	İnsanın mutluluğu
HÂKİMLER ¹⁷⁵ (M.Ö. 7. – 6. yüzyıl)	Kanunlar İnsanların hakları
BUDHA SAKYAMUNI ¹⁷⁶ (M.Ö. 560-480)	Genel yarar Halkın iyiliği ve yararı
KONFÜÇYÜS ¹⁷⁷ (M.Ö. 551-479)	Adalet İyilik Ahlâk
SOFİSTLER ¹⁷⁸ (M.Ö. 5. yüzyıl)	Doğal hukuk Doğal haklar Birey
SOKRATES ¹⁷⁹ (M.Ö. 470-399)	Yasalar (yazılı ve yazısız kurallar) Adalet Hak

¹⁷³OKANDAN, s. 136.

¹⁷⁴OKANDAN, s. 136. Gnomik Şairler; Arşilok, Alse, Teogonis ve Fosilid'ten oluşmaktadır.

¹⁷⁵OKANDAN, s. 136-137. Hâkimler; Tales, Bias, Epimenid, Mişon ve Şilon'dur.

¹⁷⁶OKANDAN, s. 133-134; ZABUNOĞLU, Devlet Kudretinin, s. 32.

¹⁷⁷OKANDAN, s. 127-128; ZABUNOĞLU, Devlet Kudretinin, s. 31.

¹⁷⁸OKANDAN, s. 138; YETKİN, Cilt: 1, s. 66. Sofistler; Protagoras, Gorgias, İppias, Polos,

PLATON ¹⁸⁰ (M.Ö. 427-347)	Yasalar Örf ve adetler
ARİSTOTELES ¹⁸¹ (M.Ö. 384-322)	Yasalar İlahi yasalar
POLYBIOS ¹⁸² (M.Ö. 204-120)	Karma hükümet şekli
MARCUS TULLIUS CICERO ¹⁸³ (M.Ö. 106-43)	Yasalar Doğal hukuk Doğal yasa Ahlâk Adalet Genel yarar

**B - ORTA ÇAĞDA DEVLET İKTİDARININ
SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN OLAN ÖLÇÜTLER**

FİLOZOF	ÖNERDİĞİ SINIRLANDIRMA ÖLÇÜTÜ
AURELIUS AUGUSTINUS ¹⁸⁴ (354-430)	Adalet Kamu yararı Halkın yararı Bireyin refah ve saadeti

Brison, Kritias, Kallikles ve Antiphon'dan oluşmaktadır.

¹⁷⁹ZABUNOĞLU, Devlet Kudretinin, s. 32; OKANDAN, s. 139-141; GÖZE, s. 18.

¹⁸⁰ZABUNOĞLU, Devlet Kudretinin, s. 33; OKANDAN, s. 147-148; TUNÇAY, s. 49; AKIN, s. 9-10; AĞAOĞULLARI, Kent Devletinden, s. 250.

¹⁸¹ZABUNOĞLU, Devlet Kudretinin, s. 32; OKANDAN, s. 153; AĞAOĞULLARI, Kent Devletinden, s. 318; TUNÇAY, s. 218-220.

¹⁸²ZABUNOĞLU, Devlet Kudretinin, s. 36.

¹⁸³ZABUNOĞLU, Devlet Kudretinin, s. 35, 165-168; AĞAOĞULLARI-KÖKER, İmparatorluktan Tanrı, s. 51-53; TUNÇAY, s. 328.

¹⁸⁴ZABUNOĞLU, Devlet Kudretinin, s. 37; OKANDAN, s. 202-204.

SALISBURY'Lİ JOHN ¹⁸⁵ (1115-1180)	Yasalar (Hukuk kuralları) Genel yarar Adalet Hakkaniyet Tanrının emirleri
HENRY de BRACON ¹⁸⁶ (1216-1268)	Yasalar Tanrının iradesi Bireylerin hukuku
AQUINUM'LU THOMAS ¹⁸⁷ (1225-1274)	Yasalar Tanrısal yasalar Tanrısal Doğal hukuk Adalet Toplumun çıkarı Ortak yarar Halkın iyiliği
AEGIDIUS ROMANUS ¹⁸⁸ (1243-1316)	Adalet Hakkaniyet
DANTE ALIGHIERI ¹⁸⁹ (1265-1321)	Yasalar Adalet
MARSILIUS PATAVINUS ¹⁹⁰ (1270-1342)	Yasalar Genel yarar

¹⁸⁵OKANDAN, s. 207; AĞAOĞULLARI-KÖKER, İmparatorluktan Tanrı, s. 219-220; TANNENBAUM-SCHULTZ, s. 121; TUNÇAY, s. 397.

¹⁸⁶ZABUNOĞLU, Devlet Kudretinin, s. 39-40.

¹⁸⁷ZABUNOĞLU, Devlet Kudretinin, s. 38; OKANDAN, s. 212; AĞAOĞULLARI-KÖKER, İmparatorluktan Tanrı, s. 224 ve 242; AKIN, s. 58; YETKİN, s. 217; ŞENEL, Siyasal Düşünceler, s. 259; TANNENBAUM-SCHULTZ, s. 126 ve 128.

¹⁸⁸OKANDAN, s. 217.

¹⁸⁹OKANDAN, s. 219-220.

¹⁹⁰OKANDAN, s. 228-230; AĞAOĞULLARI-KÖKER, Tanrı Devletinden, s. 61; YETKİN, Cilt: I, s. 335.

OCKHAM’LI WILLIAM ¹⁹¹ (1290-1350)	Doğal hukuk Ortak yarar
CLAUDE de SEYSSEL ¹⁹² (1450-1520)	Temel yasalar Yönetmelikler Gelenekler

**C – YENİ ÇAĞDA DEVLET İKTİDARININ
SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN OLAN ÖLÇÜTLER**

FİLOZOF	ÖNERDİĞİ SINIRLANDIRMA ÖLÇÜTÜ
NICCOLO MACHIAVELLI ¹⁹³ (1469-1527)	Yasalar
THOMAS MORE ¹⁹⁴ (1478-1535)	İnsanların yararı
FRANCISCO de VITORIA ¹⁹⁵ (1480-1546)	Yasalar Ortak yarar Doğal Tanrısal yasa Beşeri yasa Uluslar arası yasa
MARTIN LUTHER ¹⁹⁶ (1483-1546)	Tanrısal yasa
GEORGE BUCHANAN ¹⁹⁷ (1506-1582)	Yasalar Sözleşme

¹⁹¹AĞAOĞULLARI-KÖKER, Tanrı Devletinden, s. 74-75.

¹⁹²AĞAOĞULLARI-KÖKER, Tanrı Devletinden, s. 190.

¹⁹³AĞAOĞULLARI-KÖKER, Tanrı Devletinden, s. 174.

¹⁹⁴AĞAOĞULLARI-KÖKER, Tanrı Devletinden, s. 203.

¹⁹⁵AKAL, Modern Düşüncenin, s. 38-39 ve 58.

¹⁹⁶AĞAOĞULLARI-KÖKER, Tanrı Devletinden, s. 112.

¹⁹⁷AĞAOĞULLARI-KÖKER, Tanrı Devletinden, s. 276-277; OKANDAN, s. 528.

JEAN CALVIN ¹⁹⁸ (1509-1564)	Yasalar
FERNANDO VAZQUEZ de MENCHACA ¹⁹⁹ (1512-1569)	Yasalar
HUBERT LANGUET ²⁰⁰ (1518-1581)	Yasalar (Beşeri ve ilahi) Halkın çıkarı
THEODORE de BEZE ²⁰¹ (1519-1605)	Doğal hukuk Halkın ortak çıkarı Sözleşme
FRANÇOIS HOTMAN ²⁰² (1524-1590)	Temel yasalar Töre
ETIENNE de LA BOETIE ²⁰³ (1530-1563)	Doğal insan hakları
JEAN BODIN ²⁰⁴ (1530-1596)	Yasalar Doğal hukuk Doğal yasa Tanrısal doğal hukuk İlahi hukuk Adalet Ahlâk Kamu yararı Krallığın temel yasaları Mülkiyet hakkı Tanrının emirleri

¹⁹⁸AĞAOĞULLARI-KÖKER, Tanrı Devletinden, s. 132.

¹⁹⁹AKAL, Modern Düşüncenin, s. 191.

²⁰⁰OKANDAN, s. 529.

²⁰¹AĞAOĞULLARI-KÖKER, Tanrı Devletinden, s. 273.

²⁰²AĞAOĞULLARI-KÖKER, Tanrı Devletinden, s. 268.

²⁰³OKANDAN, s. 532.

²⁰⁴ZABUNOĞLU, Devlet Kudretinin, s. 44-48; OKANDAN, s. 524; AKIN, s. 96; ŞENEL, Siyasal Düşünceler, s. 315-316; GÖZE, s. 128; YETKİN, Cilt: 2, s. 457; AĞAOĞULLARI-

JUAN de MARIANA ²⁰⁵ (1536-1623)	Yasalar
FRANCISCO SUAREZ ²⁰⁶ (1548-1617)	Ortak yarar Sosyal sözleşme Uluslar arası hukuk
JOHANNES ALTHUSIUS ²⁰⁷ (1557-1638)	Yasalar Sözleşme Devletin temel yasaları Ortak iyilik
HUGO GROTIUS ²⁰⁸ (1583-1645)	Halkın yararı Devletin yararı
THOMAS HOBBS ²⁰⁹ (1588-1679)	Yasalar Doğal yasalar Aklın yasaları Sözleşme Devletin bütünlüğü Yönetim mesleğinin gerekleri
JACQUES BENİGNE BOSSUET ²¹⁰ (1627-1704)	Yasalar Devletin temel kanunları Adalet Kamu yararı Halkın mutluluğu Doğal hukuk

KÖKER, Kral-Devlet, s. 26-37.

²⁰⁵AKAL, Modern Düşüncenin, s. 198.

²⁰⁶AĞAOĞULLARI-KÖKER, Kral-Devlet, s. 136-140.

²⁰⁷ZABUNOĞLU, Devlet Kudretinin, s. 40; OKANDAN, s. 548; AĞAOĞULLARI-KÖKER, Kral-Devlet, s. 72.

²⁰⁸ZABUNOĞLU, Devlet Kudretinin, s. 41.

²⁰⁹OKANDAN, s. 544; AKIN, s. 114; AĞAOĞULLARI-KÖKER, Kral-Devlet, s. 215-224; GÖZE, s. 137 ve 143.

²¹⁰OKANDAN, s. 539; AKIN, s. 120-121.

BENEDICTUS BARUCH de SPINOZA ²¹¹ (1632-1677)	Yasalar Doğal haklar İnsanların özgürlüğü İnanç özgürlüğü İfade özgürlüğü İnsan bedeninin dokunulmazlığı
JOHN LOCKE ²¹² (1632-1704)	Yasalar Doğal hukuk Doğal haklar Mülkiyet hakkı Can ve mal özgürlüğü İnsan hakları Toplumun iyiliği Yaşam hakkı Özgürlük hakkı Sağlık hakkı Dinlenme hakkı İnanç özgürlüğü Düşünce özgürlüğü
PIERRE JURIEU ²¹³ (1637-1718)	İnsanların doğal hakları
GOTTFRIED W. LEIBNIZ ²¹⁴ (1646-1716)	Doğal haklar Kamu yararı

²¹¹OKANDAN, s. 551-553; AĞAOĞULLARI-ZABCI-ERGÜN, s. 80-81 ve 84.

²¹²OKANDAN, s. 556; AKIN, s. 139; GÖZE, s. 161-162; AĞAOĞULLARI-ZABCI-ERGÜN, s. 209, 212 ve 224.

²¹³OKANDAN, s. 559.

²¹⁴OKANDAN, s. 560.

BARON de LA BREDE ET DE MONTESQUIEU ²¹⁵ (1689-1755)	Temel yasalar
JEAN JACQUES ROUSSEAU ²¹⁶ (1712-1778)	Yasalar Toplumun yararı Genel iyilik
ABBE EMMANUEL JOSEPH SIEYES ²¹⁷ (1748-1836)	Temel yasa

IV – SİYASAL İKTİDARDAN EGEMENLİĞE - SINIRLI DEVLETTEN ANAYASACILIK DÜŞÜNÇESİNE

Siyasal düşünceler tarihinde, insanlığın bilinen ilk dönemlerinden itibaren filozoflar, devlet iktidarının sınırlı olduğunu ve sınırlı olması gerektiğini iddia etmişler ve kendilerince de, devlet iktidarının sınırlandırılmasına ilişkin ölçütler önermişlerdir.

Devlet iktidarının sınırlandırılmasına ilişkin ölçütler konusunda filozoflar arasında yaygın bir konsensüs yoktur²¹⁸; çünkü her siyasal düşünür, devlet iktidarının sınırlandırılmasına ilişkin olarak kendince farklı bir ölçüt önermektedir. Sırası gelmişken, uluslar arası doktrinde ifade edilmekte olan “Eski Yunan’da egemenliğin tek sınırının doğal hukuk olduğu”²¹⁹ ve “Orta Çağ’da egemenliğin tek sınırının İlahi Kanun olduğu”²²⁰ yönündeki tespitin (ilişikte sunulmuş olan tablodan da anlaşılacağı üzere) asılsız olduğunu da ifade edelim.

Tarihin farklı dönemlerinde yaşamış olan ve bu çalışma ekseninde görüşleri gözden geçirilen kırk beş düşünür, devlet iktidarının; **yasa**²²¹, **temel**

²¹⁵AĞAOĞULLARI-ZABCI-ERGÜN, s. 404.

²¹⁶ZABUNOĞLU, Devlet Kudretinin, s. 51-54; AKIN, s. 173.

²¹⁷GÖZE, s. 217-219.

²¹⁸ COUTURE, s. 835.

²¹⁹ HESTER, s. 824.

²²⁰ HESTER, s. 824.

²²¹ Hâkimler (M.Ö. 7. – 6. yüzyıl); Sokrates (M.Ö. 470-399); Platon (M.Ö. 427-347); Aristoteles (M.Ö. 384-322); Marcus Tullius Cicero (M.Ö. 106-43); Salisbury’li John (1115-1180);

yasa²²², uluslar arası hukuk²²³, uluslar arası yasa²²⁴, kamu yararı²²⁵ (genel yarar, ortak yarar, halkın yararı, toplumun çıkarı), doğal hukuk¹⁵, doğal haklar²²⁶, adalet²²⁷, insanların hakları²²⁸, Tanrının emirleri²²⁹, sözleşme²³⁰,

Henry de Bracton (1216-1268); Aquinum'lu Thomas (1225-1274); Dante Alighieri (1265-1321); Marsilius Patavinus (1270-1342); Niccolo Machiavelli (1469-1527); Francisco de Vitoria (1480-1546); George Buchanan (1506-1582); Jean Calvin (1509-1564); Fernando Vasquez de Menchaca (1512-1569); Hubert Languet (1518-1581); Jean Bodin (1530-1596); Juan de Mariana (1536-1623); Johannes Althusius (1557-1638); Thomas Hobbes (1588-1679); Jacques Benigne Bossuet (1627-1704); Benedictus Baruch de Spinoza (1632-1677); John Locke (1632-1704) ve Jean Jacques Rousseau (1712-1778).

²²² Claude de Seyssel (1450-1520); Francois Hotman (1524-1590); Jean Bodin (1530-1596); Johannes Althusius (1557-1638); Jacques Benigne Bossuet (1627-1704); Baron de la Brede et de Montesquieu (1689-1755) ve Abbe Emmanuel Joseph Sieyes (1748-1836).

²²³ Francisco de Vitoria (1480-1546) ve Francisco Suarez (1548-1617).

²²⁴ Francisco de Vitoria (1480-1546) ve Francisco Suarez (1548-1617).

²²⁵ Budha Sakyamuni (M. Ö. 560-480); Marcus Tullius Cicero (M. Ö. 106-43); Aurelius Augustinus (354-430); Salisbury'li John (1115-1180); Aquinum'lu Thomas (1225-1274); Marsilius Patavinus (1270-1342); Ockham'lı William (1290-1350); Thomas More (1478-1535); Francisco de Vitoria (1480-1546); Hubert Languet (1528-1581); Theodore de Beze (1519-1605); Jean Bodin (1530-1596); Francisco Suarez (1548-1617); Johannes Althusius (1557-1638); Hugo Grotius (1583-1645); Jacques Benigne Bossuet (1627-1704); John Locke (1632-1704); Gottfried W. Leibniz (1646-1716) ve Jean Jacques Rousseau (1712-1778).

²²⁶ Sofistler (M. Ö. 5. yüzyıl); Marcus Tullius Cicero (M.Ö. 106-43); Aquinum'lu Thomas (1225-1274); Ockham'lı William (1290-1350); Francisco de Vitoria (1480-1546); Theodore de Beze (1519-1605); Etienne de la Boetie (1530-1563); Jean Bodin (1530-1596); Thomas Hobbes (1588-1679); Jacques Benigne Bossuet (1627-1704); Benedictus Baruch de Spinoza (1632-1677); John Locke (1632-1704); Pierre Jurieu (1637-1718) ve Gottfried W. Leibniz (1646-1716).

²²⁷ Heziodos (M. Ö. 9. – 8. yüzyıl); Konfüçyüs (M. Ö. 551-479); Sokrates (M. Ö. 470-399); Marcus Tullius Cicero (M. Ö. 106-43); Aurelius Augustinus (354-430); Salisbury'li John (1115-1180); Aquinum'lu Thomas (1225-1274); Aegidius Romanus (1243-1316); Dante Alighieri (1265-1321); Jean Bodin (1530-1596) ve Jacques Benigne Bossuet (1627-1704).

²²⁸ Hâkimler (M. Ö. 7. – 6. yüzyıl); Henry de Bracton (1216-1268); Etienne de la Boetie (1530-1563); Benedictus Baruch de Spinoza (1632-1677); John Locke (1632-1704) ve Pierre Jurieu (1637-1718).

²²⁹ Salisbury'li John (1115-1180); Henry de Bracton (1216-1268); Aquinum'lu Thomas (1225-1274); Francisco de Vitoria (1480-1546); Martin Luther (1483-1546) ve Jean Bodin (1530-1596).

²³⁰ George Buchanan (1506-1582); Theodore de Beze (1519-1605); Francisco Suarez (1548-1617); Johannes Althusius (1557-1638) ve Thomas Hobbes (1588-1679).

ahlâk²³¹, **örf ve adetler**²³², **insanın mutluluğu**²³³, **birey**²³⁴, **hakkaniyet**²³⁵, **mülkiyet hakkı**²³⁶ ve **devletin yararı**²³⁷ gibi farklı kavramlar ile ifade ettikleri sınırlandırma ölçütleri ile “sınırlı” olması gerektiğini açıkça vurgulamışlardır. Bir başka söyleyişle, düşünürler, devleti yönetenlerin, devlet iktidarını keyfi olarak kullanamayacaklarını ısrarla belirtmişlerdir. Yani, devlet iktidarını kullananlar, toplumu yönetirken ölçüsüz ve ilkesiz olarak hareket edemeyeceklerdir. Düşünürlere göre, yönetenlerin devlet iktidarını kullanmalarına özgü olan yetkileri, mutlaka, bazı kriterler ile bağlanmış olmalıdır. Başka bir söyleyişle, yönetenler, örgütlü toplumu yönetirken, hiçbir denetime tabi olmayan, idare edilenlerin arzu ve durumlarını umursamayan ve sadece kendi görüşlerine dayanan (keyfi) bir yönetim tarzını benimseyemeyeceklerdir.

Toplumu yönetenlerin yetkilerinin sınırlandırılmasına ilişkin olarak filozoflarca altı çizilen ölçütler içerisinde en fazla öne çıkan ve dillendirilen, “**yasa**” kriteridir. Hatta bu kavram, çoğu kez “temel yasa” olarak da anılmıştır. Yani, yönetenler, bir yasa, bir ilke, bir kural ekseninde toplumu yönetebileceklerdir. Kurlsız, ilkesiz ya da öteki adıyla yasasız (hatta bugünkü ifadesiyle anayasasız) bir toplum yönetilemez. Devlet iktidarının sınırlandırılmasına özgü olan ve düşünürlerce kendisine yapılan atıf sayısı bakımından ikinci sırada olan ölçüt, “**kamu yararı**” (ya da öteki ifade ediliş şekilleriyle; genel yarar, ortak yarar, halkın yararı, toplumun çıkarı) ölçütüdür. Yani, yönetici, toplumun çıkarını ön planda tutarak iktidarını sürdürebilecek; kişisel kaygı ve tatmin duyguları ile hareket edemeyecektir. Toplumu yönetme adına devlet iktidarını kullananların sınırlandırılmasına ilişkin ölçütler içerisinde filozoflarca dillendirilen ve üçüncü sırada gelen ölçüt, “**doğal hukuk ve doğal haklar**” iken; dördüncü sırada “**adalet**”; beşinci sırada ise **temel yasa** kriteri dikkat çekmektedir.

²³¹ Konfüçyüs (M.Ö 551-479); Marcus Tullius Cicero (M. Ö. 106-43) ve Jean Bodin (1530-1596).

²³² Platon (M. Ö. 427-347); Claude de Seyssel (1450-1520) ve Francois Hotman (1524-1590).

²³³ Gnomik Şairler (M.Ö. 7. – 6. yüzyıl) ve Aurelius Augustinus (354-430).

²³⁴ Sofistler (M.Ö. 5. yüzyıl) ve Henry de Bracton (1216-1268).

²³⁵ Salisbury’li John (1115-1180) ve Aegidius Romanus (1243-1316).

²³⁶ Sofistler (M. Ö. 5. yüzyıl); Marcus Tullius Cicero (M.Ö. 106-43); Aquinum’lu Thomas (1225-1274); Ockham’lı William (1290-1350); Francisco de Vitoria (1480-1546); Theodore de Beze (1519-1605); Etienne de la Boetie (1530-1563); Jean Bodin (1530-1596); Thomas Hobbes (1588-1679); Jacques Benigne Bossuet (1627-1704); Benedictus Baruch de Spinoza (1632-1677); John Locke (1632-1704); Pierre Jurieu (1637-1718) ve Gottfried W. Leibniz (1646-1716).

²³⁷ Hugo Grotius (1583-1645) ve Thomas Hobbes (1588-1679).

Devleti yönetenlerin, devlet iktidarının kullanılmasına özgü yetkilerinin sınırlandırılmasına ilişkin olan ve bu yazıda bahsedilen sınırlandırma ölçütlerinin, kategorik olarak, şu şekilde tasnifi de mümkündür:

- Yasa, ilke, kural ve hukuk fikrine ağırlık veren ölçütler,
- Tanrının emirlerine ağırlık veren ölçütler,
- Toplumun yararı kavramına ağırlık veren ölçütler,
- Birey ya da insanı öne çıkararak ölçütler ve
- Ahlâk kuralları kavramını öne süren ölçütler.

Fakat bahsi geçen bu sınırlandırma ölçütleri içerisinde, siyasal düşünceler tarihinde, her daim ısrarla vurgulanan **yasa-temel yasa** ölçütü, yani hukuk nosyonudur.

Yöneticiler, mutlaka bir kural ekseninde devlet iktidarını kullanabileceklerdir. Bahsedilen olgu da göstermektedir ki, siyasal düşünürler için devlet iktidarını sınırlandırmanın en etkin yolu, hukuk kuralları olacaktır. En önemlisi, anılan durum, 18. yüzyıl ve sonrasına ait değildir; bilinen ilk filozoflarca ısrarla üzerinde durulan ve altı çizilen bir konudur. Dolayısıyla, sınırlı devlet fikri ya da devletin iktidarının sınırlandırılmasına ilişkin düşüncenin, 18. yüzyıl ve sonrasında liberalizm ile ortaya çıktığı argümanı, aslında anakronik bir yaklaşımdır; çünkü sınırlı devlet fikri, sınırlı yönetim düşüncesi, tarihin her döneminde üzerinde durulan, sözü edilen şekilde kavranan ve üzerinde kafa yorulan bir sorundur. Anılan problemin çözümü ise, filozoflarca, keyfilikten uzak, mutlaka bazı ölçütler ile sınırlı bir yönetimden yana tavır takınılarak gerçekleştirilmiştir.

Devlet iktidarının sınırlandırılmasına ilişkin olan ölçütler içerisinde en etkili olanı yazılı kurallardır. Anılan bu yazılı kurallar ile devlet iktidarı önceden belirgin hale getirildiğinde, bireylerin hakları ve özgürlükleri daha etkin olarak güvenceye kavuşturulmuş olacaktır. Sözü edilen durum da, burjuvazi tarafından, “**anayasacılık**” olarak ifade edilmektedir. Tarihsel bir bakış açısı, yani “**sınırlı devlet**” kavrayışı, burjuvazi tarafından farklı bir kavram ile kodlanmaya başlanmıştır : “**Anayasacılık**”. Değişik bir söyleyişle, sınırlı devlet iktidarı şeklindeki klasik kavrayış, 18. yüzyıl ve sonrasında burjuvazi tarafından, farklı kelimeler ile yeniden üretilerek ve (hem yazılı, hem de üstün bir hukuk kuralı şeklinde) ifade edilerek “anayasacılık düşüncesine” dönüştü-

rülmüştür. Sözü edilen durum, burjuvazinin, başka bazı alanlarda da görülen “toplumu kendi sınıfsal çıkarlarına uygun bir tarzda yeniden inşa etme” gayretinin ve işlevinin²³⁸ siyaset bilimi alanına, anayasa hukuku alanına ya da genel olarak kamu hukuku alanına yansıyan gölgesinden başka bir şey değildir. Yani, burjuvazi, sınıfsal çıkarını korumanın rasyonel ve makul yolunun, devletin iktidarını sınırlandırmanın en etkin aracı olan (normlar hiyerarşisinin en üstünde konumlandırılmış; kolay değiştirilebilir nitelik taşımayan) ve adına anayasa denilen bir hukuki belgeden/sözleşmeden geçtiğini tespit edebilmede, hiç de zorlanmamıştır.

SONUÇ

Devletin en önemli unsurlarından birisi olan siyasal iktidar, devletteki en üstün otoritedir ve “yasa koyma ve bu yasaları uygulama” fonksiyonunu yerine getirmektedir. Bir başka söyleyişle, “yasa ve uygulama” ilişkisi, siyasal iktidar ilişkisidir. Her toplum da, yasa ve uygulama bağına kurmakla siyasal iktidarlı bir toplum olur. Yani, her toplumda siyasal iktidar vardır. “Toplum” olmak demek, mekanik olarak, siyasal iktidarlı olmak ile eş anlamlıdır. Öte yandan, hukuksuz toplum da olmaz. Çünkü toplum olmak, yasa ve uygulama bağına kurmak demektir. Yasa ve uygulama bağı kurulmadan toplum olunmaz. Yasa da hukuk demekse, o halde, hukuksuz toplum da yoktur. Sosyal yapının yönetimi ve denetimi, yasa/ilke/kural/hukuk ile sağlanır. Yasa yoksa “toplum” da yoktur. Devlet olsun ya da olmasın, her toplum siyasal olduğu ölçüde ve anda, aynı zamanda hukukidir de. Klasik yaklaşımda bütün ve bölünemez olarak kavranmakta olan siyasal iktidar, geçmişten günümüze, filozoflarca, hem “sınırlıdır” ve “mutlak değildir” şeklinde nitelendirilmiştir; hem de zaten günümüzde bölünebilir ve devredilebilir olarak algılanmaktadır.

Egemenlik (soberanidad), ilk kez 14. yüzyılda Pedro Lopez de Ayala (1332-1407) tarafından, “kralın üstün gücünü” anlatmak için kullanılmıştır. Fakat egemenlik, kavram olarak kendisine yer bulamamış olsa da; içerik olarak Roma’da bilinmektedir. Roma’da, “alt iradeler üzerinde hüküm süren bir üstün iktidar” algısı vardır; bahsedilen olgu “bazı amirlerin yetkisi” ve de “imparatorun yetkisi” olarak “imperium” sözcüğü ile karşılanmaktadır.

²³⁸ Orta Çağda, Feodalite döneminde ulusal hukuk düzeni yok. Her bölgenin, her meslek grubunun ve her sınıfın ayrı hukuk kuralları sistemi var. Yani, hukuki birlik ve bu anlamda da bir “düzen” yok. Ekonomi ve ticaretteki gelişme, burjuvazi için, ölçü ve tartı birliğinin yanında, yeni yaşam tarzının değişik ve karışık ihtiyaçlarını karşılamak üzere, dağınık yazısız kurallara değil, derli toplu sistematik kanunlara olan ihtiyacı da ortaya çıkarmıştır. BİLGE, s. 67-68; GÖZE, s. 76-77; AKAL, *İktidarın Üç*, s. 67-69; SOMBART, s. 211.

16. yüzyılda başlayan Reform ile “yasa ve uygulama” konusunda tek yetkili kral olmuş; “yasa ve uygulama” kralda birleşmiştir. Bir başka söyleyişle “din”, siyasal iktidarın denetimine girmiştir. Yani Reform ile Kilise, devletten ayrılmamış; devlete bağımlı hale gelmiştir. İşte anılan bu olgu (Kilisenin Krala/devlete bağımlı hale gelmesi), devletin Kiliseyi de kapsar olması, egemenlik kavramının temelini atmıştır. Egemenlik kavramını monarşi yanlısı hukukçular, Kralın iktidarına yönelik olan rakip güçleri engellemek için bilinçli olarak seçmiş ve de kullanmışlardır. İşte modern siyasal hukuksal kavramsallaşmanın başlangıç noktası olarak da, (Jean Bodin tarafından yazılan) “Devlet Üstüne Altı Kitap” adlı eserin yayımlandığı 1576 yılı kabul edilmektedir. Yani, egemenlik kuramının Jean Bodin (1530-1596) tarafından yaratıldığı yıl. Modern siyasal hukuksal kavramsallaşma derken; Tanrı’nın karışmadığı, Tanrı’nın yerini ticari devletin aldığı ve Tanrı’nın dünyevi alandan dışlandığı yeni bir düzen kastedilmektedir. Dışlanan Tanrı’nın yerini ise, artık, “insan” ve “akıl” alacaktır.

Kısaca; “yüce otorite” ya da “siyasal bütün içinde yüce otoriteye ilişkin soyut ilke” olarak tarif edilebilecek olan egemenlik, devletin ayırt edici özelliğidir ve toplumu yönetmek için kullanılan iktidarı/otoriteyi anlatmaktadır. Devlet iktidarını elinde bulunduran, “egemen” olarak anılmaktadır. Aslında, hukuken (de jure) ya da fiilen (de facto), yasa ve uygulama yetkisini elinde bulunduran “egemen” olandır. Değişik bir ifade ile egemen, siyasal iktidarın öznesidir. Egemenliğin temel göstergesi, “yasa yapma ve bu yasaları değiştirebilme” gücüdür. İşte, yasa ve uygulama ilişkisine önceden siyasal iktidar ilişkisi denilirken; yasa ve uygulama ilişkisinin modern karşılığı “egemenlik” olmuştur. Yani, siyasal iktidar ilişkisi, 1576 ve sonrasında modern bir kavram olan egemenlik ile ifade edilmeye başlanmıştır. Yasa ve uygulama ilişkisinin modern karşılığı olan egemenlik, özellikle ulus devleti anlatır. Modern bir kavram olan egemenlikte, yasa ve uygulama ilişkisi dünyevi alanda kurulmaktadır. Modern devlet de, içeriği “dünyevi yasa” olan egemenlik kavramı ile belirginleşmiştir.

Egemenlik kavramı ile yasanın “dünyevi olmayan/aşkın” niteliğine son verilmiş; yasa ve uygulama devlette birleştirilerek “egemen devlet” oluşturulmuş; “insan” ve “akıl” kavramları ön plana çıkarılmıştır. Farklı bir dillendirmeyle, “egemen devlet” derken, yasa ve uygulamanın devlette birleşmesi anlatılmak istenmektedir. Jean Bodin (1530-1596) tarafından sistematik olarak ifade edilmiş olan klasik yaklaşımda egemenlik; mutlak, sınırsız, bölünmez,

devredilmez ve sürekli olarak nitelendirilmekteyken; günümüzde kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti, federal devlet ve insan hakları kavramları ile bağdaşmadığından, egemenliğin sınırlı, bölünebilir ve devredilebilir olarak kavrandığını vurgulayalım.

Devlet (stato) sözcüğü, önce İtalya’da “yönetim biçimi” anlamında kullanılır. Devlet kelimesini (1513’te “Prens/Hükümdar” isimli eserinde) ilk kez kullanan düşünür ise Niccolo Machiavelli (1469-1527) olur. Bir kavram olarak devletten bahsedilebilmesi için önce, Jean Bodin’in (1530-1596) egemenlik kuramını yarattığı yıl olan 1576’nın beklenmesi ve de geçilmesi gerekecektir. Devlet, her ne kadar bir kavram olarak 16. yüzyılın sonlarında, yani 1576’da kullanılır olduysa da, aslında tam anlamıyla devlet kavramından bahsedilebilecek olan tarih 1651’dir. Yani, 17. yüzyılın ortası. Anılan 1651 tarihi Thomas Hobbes’un (1588-1679) “Leviathan”ı yayımladığı ve dolayısıyla da modern devletin doğuşunun tarihidir.

Kral ve Kilise olmak üzere iki güç odağının bulunduğu bir zamanda, 16. ve 17. yüzyılda, burjuvazinin sınıfsal çıkarı için monarşiyi desteklemesi, iki güç odağının kralda birleşmesini sonuçlar ve dolayısıyla da “yasa ve uygulama” krala ait olur. Değişik bir ifade ile Kilise, burjuvazinin desteğini almış olan krala tâbi olmaya başlar. İşte bu, modern devletin doğuşudur. Devletsiz toplumlarda yasanın dünyevi olmayan dışsal niteliği ön planda iken; devletli toplumlarda (önce Kral-devlette, sonrasında ise ulus-devlette) dünyevi yasa söz konusudur. Fakat yeri gelmişken şunu da belirtelim ki, aslında Jean Bodin (1530-1596), yeterince modern değildir. Çünkü Jean Bodin, yaşadığı dönemde, hâlâ “respublica” kavramını kullanmakta ve de hâlâ Tanrısal Yasa’dan söz açmaktadır.

Modern devleti görebilmek için, dünyevi iktidarın ruhani iktidarı yendiğini ve kapsadığını görmek gerekecektir. Modern devletin özelliği, modern bir kavram olan egemenlik sayesinde, yasa ve uygulama ilişkisini dünyevi alanda kuruyor olmasıdır. Siyasal iktidar her toplumda vardır; fakat modern devlet, egemenlik kavramı ile somutlaşır. Yani, modern devletten bahsedilebilmesi için önce egemenlik kavramının doğması ve yasa ve uygulama ilişkisinin “aşkın” niteliğine son verilerek, “bu dünyacı” bir özellik içeren niteliği ile kabul edilmesi gerekecektir. Öncelikle “yasa yapma gücü” olarak algılanabilecek olan devletin, iki temel hukuki fonksiyonu vardır. Birincisi, hukuk kuralı koymak iken; ikincisi, mevcut hukuk kurallarını, gerektiğinde, cebir de

kullanarak uygulamaktır. Bir hukuk sistemi olan devlet, cebir kullanma tekelini de bünyesinde barındırmaktadır.

Devlet kavramının skolâstik seçeneği (site yönetimi anlamına gelen) “respublica”dır. Yani 16. yüzyıl, respublica’dan devlete (state) geçiş demektir. Devlet respublica’nın yerini alınca, respublica da anlam değiştirerek “cumhuriyet” olarak algılanır olmuştur. Bahsedilen anlam dönüşümünün tarihi ise 1665’tir. Başka bir söyleyişle, Latince olan respublica kelimesi, 1585 tarihinde “topluluk”/“kamusal şey” olarak tercüme edilirken; 1665 tarihindeki çeviri ise devlet (etat) şeklinde kodlanmıştır. Yeni Çağda, respublica kavramı devlete (state) dönüşünce, Orta Çağdaki respublica da, anlam olarak cumhuriyet şeklinde dillendirilmeye başlanmıştır. Respublica sözcüğünün asıl karşılığı ise, site yönetiminin Yunancası olan (“siyasal yönetim”, “yönetim türü”, “yönetim şekli”, “anayasa”, “polis düzeni” ve “polis organizasyonel şeması” olarak da tercüme edilebilecek olan) “politeia”dır.

Kendiliğinden meşruiyet olmaz; meşruiyet, şu ya da bu ilke adına vardır. Yöneten ne adına yönettiğini söylemek, yani meşrulaşmak zorundadır. Yönetmek için zorlayıcı güç gereklidir; fakat yeterli değildir. Bir de, idare edilenlerin rızası (yani meşruiyet) gerekir. Neden yönetilir, ne adına yönetilir, güç kullanma hakkı ya da cebir kullanma yetkisi nereden alınmaktadır? gibi soruların cevabı, meşruiyet kavramının tanımına ilişkindir. O halde meşruiyetin kaynağı, aslında, yasayı da belirleyendir. Ne adına yönetiyorsun ya da cebir kullanma yetkisini nereden alıyorsun? gibi soruların yanıtı, şayet Tanrı olarak verilmekteyse, yasa koyucu Tanrı’dır ve Tanrısal Yasa’dan bahsediliyor demektir. Ya da, anılan soruların yanıtı “ulus” olarak kodlanmaktaysa, o durumda da, yasa koyucu “ulus” olacaktır ve beşeri yasadan ya da “akıl”dan bahsediliyor demektir. İşte bu durum, yani meşruiyetin kaynağının Tanrı olmaması, meşruiyetin kaynağının insan ve akıl olması, bir başka söyleyişle yasanın dünyevi niteliği modern devleti işaret etmektedir. Modern devlette meşruiyetin kaynağı ya ulus olacaktır ya da millet; ki sözü edilen durum, kavramsal karşılığıyla, “ulusal egemenlik” veya “milli egemenlik” olarak anılmaktadır.

Kavramsal düzlemde; “normlar hiyerarşisinin en üstünde bulunan ve kanunlardan daha zor değiştirilen hukuk kuralları” şeklinde ifade edilmekte olan “anayasa”; devletin yönetim düzenini ve devletin organlarının yetkilerini belirleyen en üst hukuk metnidir. Toplumun yönetilmesine ilişkin “oyunun

kurallarını” içermekte olan bir anayasa, devletin temel/ana/esas kanunudur. O halde bir anayasa, demek ki, meşruiyetin kaynağının da düzenlendiği temel hukuki belgedir. Bir yandan, siyasal toplumun yönetilmesine ilişkin bir organizasyon şeması olan anayasa, öte yandan bireylerin haklarını ve özgürlüklerini de hukuki güvence altına almaktadır. Bu cümleden olmak üzere diyebiliriz ki, bir anayasanın fonksiyonu, devletin iktidarını sınırlandırmak; devlet iktidarını kullananların keyfi/denetimsiz bir yönetim tarzı uygulamalarını engellemektir. Esasen, anayasacılık da, kelime olarak, “devlet yönetiminin önceden belirlenmiş yasalara ve ilkelere dayanması gerektiği yönündeki yaklaşımı savunan görüş” anlamına gelmektedir. Bir kavram olarak anayasacılık ise, “sınırlı ve bölünmüş iktidarı sağlamaya yönelik bütün ilkeler, kurumlar, teknikler ve fikirler” olarak kabul edilmektedir.

18. yüzyılda yazılı anayasa sistemine geçiş, esas olarak, burjuvazinin sınıfsal çıkarı için “üstün”, “yazılı”, “açık”, “kesin” ve “sistemik” bir hukuk metni arzulamasından doğmuştur. Bir başka ifade ile “**anayasacılık**”, hukuk tarihinde (modern anlamda 1700’lerin yarısından sonra) karşılaştığımız bir olgunun, “kanunlaştırma” faaliyetlerinin, burjuvazinin maksatlı itkisiyle anayasa hukuku alanında görülen yüzüdür ve sınırlı devlet iktidarının ifade edilmesinde kullanılan modern bir kavramdır. Yani, 18. yüzyıldaki şekliyle bir anayasanın tarihsel/orijinal amacı, bireylerin haklarını ve özgürlüklerini korumak değil; burjuvazinin sınıfsal çıkarlarını yazılı ve üstün bir hukuk belgesi ile garanti altına almaktır. Fakat nedir, günümüzde bir anayasanın amacı, bireylerin haklarını ve özgürlüklerini güvenceye kavuşturmanın, şüphesiz ki en etkin yoludur. Aslında, anılan her iki durumda da (yani hem orijinal, hem de günümüzdeki amacı bakımından) fonksiyonel olarak anayasa, devlet iktidarını sınırlandırma işlevini üstlenmiş ve de yerine getirmiş olmaktadır. Çünkü “yetkilerin” ve “hakların” önceden bilinir olması, toplumun yönetilmesindeki keyfilik/denetimsizlik iddialarının gündeme getirilebilmesini ve dolayısıyla da yönetenlerin hukuk kuralları bazındaki denetimini kolaylaştıracaktır.

Siyasal düşünceler tarihinde, bilinen ilk düşünürlerden itibaren devlet iktidarı “sınırlı” olarak tasarlanmış ve devlet iktidarının belirli ölçütler ile mutlaka sınırlandırılması gereğinin altı ısrarla çizilmiştir. Yasa ve uygulama ilişkisi, siyasal iktidar ilişkisi olarak anılırken de; modern bir kavram olan egemenlik ile ifade edilirken de, hep “sınırlı” olarak kavranmıştır. O kadar ki, Jean Bodin (1530-1596) egemenlik kavramının niteliklerini sıralarken, her ne kadar “sınırsız” olduğunu dillendirmiş ise de, egemenin; “yasa”, “doğal

hukuk”, “doğal yasa”, “Tanrısal yasa”, “Krallığın temel yasaları”, “mülkiyet hakkı” ve “Tanrının emirleri” gibi sınırlandırma ölçütleri ile sınırlı olduğunu belirtmekten de geri duramaz.

Siyasal düşünceler tarihinde, filozoflarca, devlet iktidarının sınırlandırılmasına özgü olarak; “yasa, temel yasa, uluslar arası yasa, kamu yararı, doğal yasa ve doğal hukuk, adalet, insan hakları, Tanrı’nın emirleri, sözleşme, ahlâk, örf ve âdetler, insanın mutluluğu, birey, hakkaniyet, mülkiyet hakkı ve devletin yararı” gibi ölçütler önerilmiştir. Anılan bu sınırlandırma ölçütlerinin içerisinde en fazla dillendirilen “yasa/temel yasa” ölçütü olmuştur. Kamu yararı, adalet, doğal hukuk ve doğal haklar gibi ölçütler ise, hukuk kuralları gibi açık ve kesin olmadıklarından dolayı, düşünürlerce, daha az tercih edilmişlerdir. Devlet iktidarını sınırlandırmanın en etkili yolu ise, yazılı hukuk kurallarıdır. Bu yüzden de filozoflarca nicelik olarak en çok hukuk kurallarına vurgu yapılmıştır. Yazılı, açık, kesin ve sistematik olan hukuk kurallarına uyulmadığı zaman, devletin cebri müeyyidesi ile karşılaşılır. Burjuvazi de, sınıfsal çıkarı için en etkin sınırlandırma ölçütü olarak kesin ve garantili nitelik taşıyan ve yazılı olan “yasa/temel yasa” kriterinden yana ağırlığını koymuştur. Çünkü yazılı olmayan ve toplumda kendiliğinden ortaya çıkmakta olan örf ve adet hukuku kuralları, burjuvazi tarafından istenildiği gibi tasarlanabilme özelliğinden yoksundurlar. Hâlbuki burjuvazi, siyasal sistemi kendi sınıfsal çıkarına uygun bir tarzda dizayn etmek istemekte; bu yüzden de “yazılı yasa”dan yana tavır takınmaktadır.

Devlet iktidarının sınırlı olduğuna ilişkin olan kadim kavrayış ve vurgu, 18. yüzyıldan sonra ortaya çıkan ve sadece ideolojik olarak liberalizme ve de sınıfsal olarak sadece burjuvaziye özgü olan tekelci bir takdim şekli değildir. Bir başka söyleyişle, “devlet iktidarını kullananların yetkilerinin keyfi olarak kullanılamayacağına ilişkin olan düşünce”, insanlığa, burjuvazinin ve liberalizmin bir hediyesi değildir. Çünkü Eski Yunan’da “politeia” ve Cicero’nun ifadesiyle “constitutio” erken dönem anayasacılık düşünceleri olarak kabul edilmektedirler. Nedir, ideolojik olarak liberalizm, sınıfsal olarak da burjuvazi, kendini garanti altına almanın en etkin yolunun; yazılı, bağlayıcı, değiştirilmesi zor ve de öteki kurallara göre üstün olma niteliklerini bünyesinde barındıran bir hukuk metninde/belgesinde kayıt altına alınmasından geçtiğini tespit edebilmede, hiç de zorlanmamıştır. Devletin iktidarını kullananların yetkilerinin “temel bir yasa” ile belirginleştirilmesi de, zamanın ruhuna uygun olarak, anayasacılık düşüncesi olarak takdim edilmeye başlanmıştır. Bir başka

söyleyişle “anayasacılık/sınırlı devlet iktidarı” düşüncesi içerik/anlam olarak yeni ve modern bir olgu değildir. İlk toplumlardan itibaren zaten sınırlı olduğu (ve de olması gerektiği) düşünülen devlet iktidarı kavramı, 18. yüzyılda ve sonrasında burjuvazi tarafından, sınıfsal çıkarının korunması amacıyla da uyumlu olarak “anayasacılık” şeklinde ifade edilir olmuştur.

Özüne indirildiğinde, genel kamu hukuku bağlamında “Politeia”dan “respublica”ya, republica”dan “state”e doğru “kavramsal bir evrilme” söz konusudur. Aynı şekilde benzer bir evirilmeyi, siyasi iktidar kavramından egemenlik kavramına geçişte gördüğümüz gibi; “devlet iktidarının sınırlandırılması” fikrinden “anayasacılık” düşüncesine geçiş olarak da izleyebilmekteyiz.

KAYNAKÇA

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali - Filiz Çulha Zabcı - Reyda Ergün, *Kral-Devletten Ulus Devlete*, b.1., İmge Kitabevi, Ankara, 2005.

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, *Kent Devletinden İmparatorluğa*, b.2., İmge Kitabevi, Ankara, 2000.

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali - Levent Köker, *İmparatorluktan Tanrı Devletine*, b.4., İmge Kitabevi, Ankara, 2001.

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali - Levent Köker, *Tanrı Devletinden Kral Devlete*, b.2., İmge Kitabevi, Ankara, 1997.

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali - Levent Köker, *Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, b.2., İmge Kitabevi, Ankara, 2000.

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, *Ulus Devlet ya da Halk Egemenliği*, b.1., İmge Kitabevi, Ankara, 2006.

AKAD, Mehmet – Bihterin Vural Dinçkol, *Genel Kamu Hukuku*, b.3., Der Yayınları, İstanbul, 2004.

AKAL, Cemal Bali, *İktidarın Üç Yüzü*, b.1., Dost Kitabevi, Ankara, 1998.

AKAL, Cemal Bali, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, b.2., Dost Kitabevi, Ankara, 1997.

AKIN, İlhan F., *Kamu Hukuku*, b.5., Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., İstanbul, 1987.

ARSLAN, Zühtü, *Anayasa Teorisi*, b.1., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

AYBAY, Aydın -Rona Aybay, *Hukuka Giriş*, b.3., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.

BELLAMY, Richard, “Constitutionalism”, Paul Barry Clarke and Joe Foweraker (Edited by), *Encyclopedia of Democratic Thought*, Routledge, London, 2001, s. 123-127.

BİLGE, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, b.21., Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

CONKLIN, William E., “Constitutionalism”, Christopher Berry Gray (Editor), *Philosophy of Law, Volume I: A-J*, Garland Publishing, New York, 1999, s. 233-238.

COUTURE, Tony, “State”, Christopher Berry Gray (Editor), *Philosophy of Law, Volume 2: K-Z*, Garland Publishing, New York, 1999, s. 834-837.

CRAIG, Paul, “Constitutions, Constitutionalism, and the European Union”, *European Law Journal*, Volume: 7, No: 2, June-2001, s. 125-150.

DOEHRING, Karl, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, b.1., Çeviren: Ahmet Mumcu, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2002.

DRY, Murray, “Constitutionalism and Republicanism in the American Founding: 1776-1787”, *Teaching Political Science*, Volume: 14, Number: 1, Fall-1986, s. 5-10.

DUGUIT, Leon, *Kamu Hukuku Dersleri*, b.1., Çeviren: Süheyp Derbil,

AÜHF Yayını, Ankara, 1954

ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, b.1., Siyasal Kitabevi, Ankara, 1996.

EROĞUL, Cem, *Anatüzeğe Giriş (“Anayasa Hukukuna Giriş”)*, b.4., İmaj Yayıncılık, Ankara, 1996.

ESEN, Bülent Nuri, *Anayasa Hukuku – Genel Esaslar*, b.2., Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1970.

FELLMAN, David, “Constitutionalism”, Philip P. Wiener (Editor), *Dictionary of the History of Ideas, Studies of Selected Pivotal Ideas*, Charles Scribner’s Sons, New York, 1968, s. 485-492.

FRIEDRICH, Carl J., *Sınırlı Devlet*, b.1., Çeviren: Mehmet Turhan, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1999.

GÖNENÇ, Levent, “Orta Çağ Avrupasında Anayasacılığın Düşünsel ve Kurumsal Temelleri”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan*, Cilt: II, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 267-291.

GÖNENÇ, Levent, *Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries*, b.1., NLD: Brill Academic Publishers, Leiden, 2002.

GÖNENÇ, Levent, “Siyasal İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi”, *AÜHF*, Cilt: 56, Sayı: 1, Ankara, 2007, s. 145-168.

GÖZE, Ayferi, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, b.9., Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., İstanbul, 2000.

GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, b.1., Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, 2010.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, *Anayasa Hukuku*, b.4., Turhan Kitabevi, Ankara, 1993.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Ege-menlik Kavramı*, b.1., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

HASTER, Thurman Lee, “Sovereignty”, Christopher Berry Gray (Editor), *Philosophy of Law, Volume 2: K-Z*, Garland Publishing, New York, 1999, s. 824-826.

HAYEK, Friedrich A., *Kurallar ve Düzen*, b.2., Çeviren: Atilla Yayla, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1996.

HENLEY, Kenneth, “Rule of Law”, Christopher Berry Gray (Editor), *Philosophy of Law, Volume 2: K-Z*; Garland Publishing, New York, 1999, s. 765-767.

İŞIKTAÇ, Yasemin, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, b.2., Alkım Yayınevi, İstanbul, 1997.

KAPANİ, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, b.7., Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

KAPANİ, Münci, *Politika Bilimine Giriş*, b.7., Bilgi Yayınevi, Ankara, 1995.

KOÇAK, Mustafa, *Devlet ve Egemenlik*, b.1., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

KUBALI, Hüseyin Nail, *Anayasa Hukuku – Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, b.2., Ersa Matbaacılık Koll. Şti., İstanbul, 1965.

MARTIN, Elizabeth A., (Edited by), *A Dictionary of Law*, b.5., Oxford University Press, New York, 2003.

MCILWAIN, Charles Howard, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, b.3., Cornell University Press, Indiana Polis, Indiana, 1975.

MCNEILL, William H., *Dünya Tarihi*, b.7., Çeviren: Alâeddin Şenel, İmge Kitabevi, Ankara, 2003.

MORRIS, Christopher, “Sovereignty”, Paul Barry Clarke and Joe Foweraker (Edited by), *Encyclopedia of Democratic Thought*, Routledge, London, 2001, s. 829-832.

MURPHY, Walter F., “Constitutions, Constitutionalism, and Democracy”, Douglas Greenberg-Stanley N. Katz- Melanie Beth Oliviero-Steven C. Wheatley (Editors), *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*, Oxford University Press, New York, 1993, s. 3-25.

OKANDAN, Recai Galip, *Umumi Amme Hukuku*, b.1., İÜHF Yayını, İstanbul, 1968.

ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, b.9., Yetkin Yayınları, An-

kara, 2008.

ÖZÇELİK, A. Selçuk, *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, Birinci Cilt: Umumi Esaslar*, b.1., İÜHF Yayınları, İstanbul, 1982.

SANCAR, Mithat, “*Devlet Aklı*” *Kıskacında Hukuk Devleti*, b.1., İletişim Yayınları, İstanbul, 2000.

SARICA, Murat, *Fransa ve İngiltere’de Emredici Vekâletten Yeni Temsil Anlayışına Geçiş*, b.1., İÜHF Yayını, İstanbul, 1969.

SARTORI, Giovanni, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, b.1., Çeviren: Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.

SOMBART, Werner, *Burjuva*, b.1., Çeviren: Oğuz Adanır, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2008.

SOYSAL, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, b.8., Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1990.

ŞENEL, Alâeddin, *Kemirgenlerden Sömürgenlere İnsanlık Tarihi*, b.1., İmge Kitabevi, Ankara, 2006.

ŞENEL, Alâeddin, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, b.6., Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 1996.

TANNENBAUM, Donald -David Schultz, *Siyasi Düşünce Tarihi, Felsefeler ve Fikirleri*, b.1., Çeviren: Fatih Demirci, Adres Yayınları, Ankara, 2005.

TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, b.10., Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., İstanbul, 2005.

TOSUN, Mebrure -Kadriye Yalvaç, *Sümer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı*, b.3., Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2002.

TUNAYA, Tarık Zafer, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, b.4., İÜHF Yayınları, İstanbul, 1980.

TUNÇAY, Mete (Derleyen), *Batı’da Siyasal Düşünceler Tarihi, Seçilmiş Yazılar, Eski ve Orta Çağlar*, b.1., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.

TURHAN, Mehmet, *Anayasal Devlet*, b.4., Natural Yayınları, Ankara, 2005.

VOEGELIN, Eric, *Collected Works of Eric Voegelin, Volume: 16, Order and History, Volume: 3, Plato&Aristotle*, b.1., University of Missouri Press, USA, 1989.

WEALE, Albert, “Constitutional Design”, Paul Barry Clarke and Joe Foweraker (Edited by), *Encyclopedia of Democratic Thought*, Routledge, London, 2001, s. 115-120.

WROE, Andrew J., “Separation of Powers”, Paul Barry Clarke and Joe Foweraker (Edited by), *Encyclopedia of Democratic Thought*, Routledge, London, 2001, s. 797-803.

YETKİN, Çetin, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Cilt: 1, b.1., Salyangoz Yayınları, İstanbul, 2008.

YETKİN, Çetin, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Cilt: 2, b.1., Gürer Yayınları, İstanbul, 2009.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, *Devlet Kudretinin Sınırlanması*, b.1., Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1963.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, *Kamu Hukukuna Giriş*, b.1., AÜHF Yayınları, Ankara, 1973.

SUSMA HAKKI ÇERÇEVESİNDE DEFTER, KAYIT VE BELGELERİ GİZLEME SUÇU

Ümit Süleyman ÜSTÜN*

ÖZET

Vergi Usul Kanunu kapsamında, vergi mükelleflerine çeşitli defter, kayıt ve belgeleri düzenleme, bunları saklama ve istendiğinde ibraz etme ödevi yüklenmiştir. Vergilemenin doğru yapılabilmesi, vergi işlemlerinin etkin bir şekilde yürütülebilmesi için bu zorunluluklar getirilmiştir.

Getirilen zorunluluklara uyulmaması durumu ise bir takım yaptırımlara bağlanmıştır. Bunlardan üzerinde en tartışmalı olan husus ise, defter, kayıt ve belgelerin ibraz edilmemesi fiili için hapis cezasının öngörülmüş olmasıdır. Mükellefin kendisinden istenen bilgi ve belgeleri vermemesi aynı zamanda susma hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.

Mükellefin kendisinden istenen bilgi ve belgeleri vermemesi halinde susma hakkının kabul edilip edilemeyeceği; bu durumdaki mükellef hakkında ceza uygulanıp uygulanamayacağı bu çalışma kapsamında değerlendirilecektir.

***Anahtar Kelimeler:** Vergi Usul Kanunu, vergi mükellefi, ibraz etmeme, susma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.*

CRIME OF COVERT OF BOOKS, RECORDS AND DOCUMENTS WITHIN THE SCOPE OF THE RIGHT TO SILENCE

ABSTRACT

Obligation of editing, storage and submit of various books, records and documents are giving to taxpayers by Tax Procedure Law. These obligations are adopted to the purpose of making taxation correctly and providing the effective execution of tax transactions.

In the case of behaving contrary to these obligations, the implementation of some of the sanctions were adopted. On the most controversial of these is the issue that the sentence of imprisonment prescribed for the actual of submit the books, records and documents to. Actual of not giving requested information and documents is also considered within the scope of the right to silence.

In this case, whether the right to silence can be accepted or not; and whether the penalty can be applied on the taxpayer will be examined in this study.

***Key Words:** Tax Procedure Law, taxpayer, not to submit, the right to silence, the European Court of Human Rights.*

* Yrd. Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I. GİRİŞ

Vergi Usul Kanununun (VUK) defter ve vesikaları muhafaza başlıklı 253. maddesine göre, defter tutmak mecburiyetinde olanlar, tuttıkları defterlerle düzenledikleri vesikaları, ilgili buldukları yılı takip eden takvim yılından başlayarak beş yıl süre ile muhafaza etmeye mecburdurlar.

Vergi Usul Kanununun 256. maddesi ise, defter ve belgelerle diğer kayıtların ibraz mecburiyetine açıklık getirmiştir. Buna göre, defter ve belgelerini muhafaza etmek zorunluluğunda bulunanlar, muhafaza etmek zorunda oldukları her türlü defter, belge ve karneler ile vermek zorunda buldukları bilgilere ilişkin mikro fiş, mikro film, manyetik teyp, disket ve benzeri ortamlardaki kayıtlarını ve bu kayıtları erişim veya kayıtları okunabilir hale getirmek için gerekli tüm bilgi ve şifreleri muhafaza süresi içerisinde yetkili makam ve memurların talebi üzerine ibraz ve inceleme için arz etmek zorundadırlar.

VUK'da yer alan bu düzenlemeler devletin kamu hizmetinin finansmanı olarak kullandığı en önemli kaynak olan vergilerin daha etkin bir şekilde toplanabilmesi için öngörülmüştür. Bu etkinliği sağlamak amacıyla da çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür. Bunlardan en önemlilerinden birisi ise defter, kayıt ve belgeleri gizleme fiili için cezaî yaptırım öngörülmesidir. VUK md. 359/a-2'de "*Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya **gizleyenler** veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, hakkında onsekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretler ile sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir*" hükmüne yer verilmiştir.

Defter, kayıt ve belgeleri gizleme suçunun kaçakçılık cezası kapsamında değerlendirilmesinin ve hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasının, anayasaya aykırılık oluşturduğu iddia edilmiştir. Hatta bu konu iki defa itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine taşınmıştır.

İlk olarak defter, kayıt ve belgeleri gizleyenlere hapis cezası uygulanmasının anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Ankara 7. Asliye Ceza Mahkemesince Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi, "kuralda belirtilen hürriyeti bağlayıcı ceza, devlet ile vergi mükellefi arasında sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün değil, kanunda belirtilen şartların ye-

rine getirilmemesinden doğan bir yaptırımdır. ... Diğer taraftan iptali istenen kuralla getirilen özgürlüğün kısıtlanması idarî bir uygulama sonucu olmayıp, kanunda belirtilen şartların yerine getirilmemesinden dolayı bağımsız yargı kararı ile hükme bağlanacak olan bir yaptırımdır. ... Anayasa ve yasalarla kamu giderlerinin karşılanabilmesi için herkese ödev olarak öngörülen vergi ödeme yükümlülüğünün, zamanında ve eksiksiz yerine getirilmesi durumunda kanunlarla idareye yüklenen kamu hizmetlerinin aksatılmadan sürdürülmesi mümkün olacaktır. Bunun sağlanması için de Anayasanın 38. maddesi ve ceza hukukunun genel ilkeleri gözetilerek para cezalarında yanında özgürlüğü bağlayıcı cezalar konulmasında hukuk devleti ilkesine aykırılık yoktur” gerekçesiyle “defter, kayıt ve belgeleri gizleyenler” yönünden hapis cezası uygulanmasına yönelik kuralın Anayasa aykırı olmadığına oy birliği ile hükmetmiştir¹.

Bu karardan sonra, kanunda düzenlenen hapis cezasının, defter, kayıt ve belgeleri gizleyenler bakımından Anayasanın 38. maddesine aykırılık oluşturduğu iddiasıyla, bu sefer Adana 8. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından yeniden itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur². Başvuru kararında, VUK’un 359. maddesinin (a) bendinin 2 numaralı alt bendi uyarınca

¹ AyM., 11.03.2003 gün ve E. 2002/55, K. 2003/8, RG., 16.12.2003, S. 25318.

² Anayasanın 152/4. maddesinde; “Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz” hükmü yer almaktadır. İnceleme konumuz itibarıyla, Anayasa Mahkemesinin ilk olayla ilgili kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından bir yıl sonra tekrar Anayasa Mahkemesine başvurulduğu anlaşılmaktadır. Anayasanın ilgili hükmü doğrultusunda bunun mümkün olmaması gerekmektedir. Ancak itiraz yoluyla yapılan başvurularda VUK’un 359. maddesindeki hükmün farklı bölümler itibarıyla anayasaya aykırılığı ileri sürülmüştür: İlk başvuruda VUK’un 359. maddesinin a bendinin 2 sayılı alt bendinin “altı aydan üç yıla kadar hapis cezası hükmolünür” bölümünün “Defter, kayıt ve belgeleri gizleyenler” yönünden anayasaya aykırılığı iddia edilmiştir. İtiraz gerekçesi olarak ekonomik bir suçta ekonomik cezanın verilmesi gerektiği, böyle bir fiile karşı hapis cezasına hükmedilmesinin anayasaya aykırılık oluşturacağı belirtilmiştir. İkinci başvuruda (esas inceleyeceğimiz kararda) ise, VUK’un 359. maddesinin a bendinin 2 numaralı alt bendinin “gizleyenler (varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere ibraz edilmemesi gizleme demektir)... hakkında altı aydan üç yıla kadar hapis cezası hükmolünür” bölümünün anayasaya aykırılığı ileri sürülmüştür. İtirazın gerekçesinde ise, söz konusu hükmün Anayasanın 38/5. maddesi çerçevesinde susma hakkının ihlali niteliğinde olduğu vurgulanmıştır.

Dolayısıyla ilk kararda susma hakkı hiç tartışılmaksızın anayasaya aykırılık iddiası reddedilirken, ikinci kararda susma hakkı da değerlendirilmiştir. Bkz. ŞENYÜZ Doğan, Vergi Ceza Hukuku, Bursa 2011, s. 425; YALTI Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, İstanbul 2006, s. 144, 149.

mükellefin, defter ve belgelerini vergi denetimi sırasında ibraz etmemesi nedeniyle oluşan eyleminin suç kabul edilmesinin, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin altıncı maddesine de uygun bir düzenleme olmadığı ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi kararında, itiraz konusu kuralın, vergi yasalarının iyi biçimde uygulanarak vergi borçlarının tespiti, zamanında ve eksiksiz ödenmesinin sağlanması, böylece devletin gelir kaynaklarının güvence altına alınma amacıyla konulduğunu; dolayısıyla da defter tutma, saklama ve ibraz etme ödevlerine uyulmamasının suç kabul edilmesinin, vergi borcunun tespiti ve sonuçta ödenmesini sağlayarak vergi kaybını önlediğini, kamu hizmetlerinin finansmanı için gerekli fonların toplanması suretiyle kamu yararını sağladığını belirtmiştir. Ayrıca, vergi ile ilgili defter tutma, saklama ve ibraz etme zorunluluğunun kanunlarla yükümlülere verilen bir görev olduğunu VUK'da öngörülen defterlerin tutulmasının ve bu defterlerin istendiğinde ibraz edilmesinin zorunlu kılınmasının, mükellefin Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında³ öngörülen, kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak nitelendirilemeyeceğini, ilgili maddede yer alan susma hakkının kovuşturma ve soruşturma aşaması için geçerli olduğunu vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi sayılan gerekçelerle, ilgili hükmün anayasaya aykırı olmadığına oy çokluğuyla karar vermiştir⁴.

³ Anayasa madde 38/5: "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz".

⁴ "(Anayasanın 38/5. maddesindeki) insan hakları arasında yer alan, manevi işkenceyi meneden, insan haysiyetinin ve kişi dokunulmazlığının teminatı olan bu düzenlemeye, ceza yasalarında sanığın "susma hakkı" olarak yer verilmiştir. Bu hak suçlanmayla başlayan bir haktır. Kovuşturma ve soruşturmanın her aşaması için geçerlidir. Kamu hizmetlerinin finansmanına vergiler aracılığıyla katılmak bireylere yüklenen Anayasal bir ödevdir. Yasalar ile yükümlülerin ve onlarla hukuki ilişkide bulunan üçüncü kişilerin vergi ile ilgili kayıtlarının denetlenmesi amacıyla kimi defter, kayıt ve belgeleri tutmak, saklamak ve istenildiğinde yetkililere ibraz zorunluluğuna uyulmamasının suç olarak kabul edilmesi ile suçla itham edilme birbirinden farklı durumlardır. Vergi ile ilgili defter tutma, saklama ve ibraz etme zorunluluğu yasalarla yükümlülere verilen bir görevdir. Bu görevler yerine getirilmediği takdirde suç oluşmaktadır. İtiraz konusu kural ile herkesin geliri oranında vergiye katılımının sağlanması ve ödenmesi gereken vergi miktarının tespiti için, Vergi Yasası'nda öngörülen defterlerin tutulmasının ve defterlerin istendiğinde ibraz edilmesinin zorunlu kılınması, mükellefin Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen, kendisini suçlama ve bu yolla delil göstermeye zorlama olarak nitelendirilemez. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 38. Maddesine aykırı değildir". AyM., 31.01.2007 gün ve E. 2004/31, K. 2007/11, RG., 18.05.2007, S. 26526.

Ancak bir üye, hukuk devletinde yasa koyucunun takdir yetkisinin mutlak olmadığı ve Anayasa ile hukukun genel ilkelerini gözetme mecburiyetinde bulunduğu yadsınamayacağını belirtmiş, bu nedenle iptali istenen kuralın, ölçülülük ve eşitlik ilkeleri açısından da incelenip, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine uygunluk açısından da değerlendirilmesi gerektiği vurgulamış ve çoğunluk kararına katılmamıştır⁵.

Çalışmada, öncelikle defter ve belgeleri gizleme suçunun unsurları incelenecek daha sonra Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi de göz önünde bulundurularak değerlendirilecektir.

II. DEFTER, KAYIT VE BELGELERİ GİZLEME SUÇU

Defter, kayıt ve belgelerin gizlenmesi (ibraz edilmemesi⁶) fiili için çeşitli yaptırımlar düzenlenmiştir⁷. Her şeyden önce VUK'un 30/2. maddesinin 3. bendi uyarınca tutulması zorunlu defterlerin vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlara herhangi bir sebeple ibraz edilmemesi resen tarh sebebi olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla defterlerin ibraz edilmemesi halinde mükellef resen tarha muhatap olacaktır. Ayrıca özel usulsüzlük cezasının uygulanması gündeme gelebilecektir. Yine defterlerin ibraz edilmemesi halinde dolaylı bir sonuç olarak katma değer vergilerinin indirim konusu edilemeyeceği

⁵ “Defter ve belgeleri ibraz etmeyen mükellefi hapisle cezalandıran kuralın amacı, idari bir işlem olan vergi incelemelerinin sürat ve etkinliğini sağlamak, bu yolla olası vergi kaçak ve kayıplarını önlemeye çalışmaktır. Bu amacın kamu yararına yönelik olduğu ve bu amacı gerçekleştirmek için yasa koyucunun ceza siyasetinin gereği olarak gördüğü hürriyeti bağlayıcı yaptırımları getirebileceği söylenebilirse de, bir hukuk devletinde yasa koyucunun takdir yetkisinin mutlak olmadığı ve Anayasa ile hukukun genel ilkelerini gözetme mecburiyetinde bulunduğu yadsınamaz. Bu nedenle, iptali istenen kural, ölçülülük ve eşitlik ilkeleri açısından da incelenmeli ve Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine uygunluk açısından da değerlendirilmelidir”. Aynı kararda üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoy gerekçesi, AyM., 31.01.2007 gün ve E. 2004/31, K. 2007/11, RG., 18.05.2007, S. 26526.

⁶ VUK'un 359. maddesine göre, “varlığı, noter tasdik kayıtları veya sair suretler ile sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, gizlemek demektir”.

⁷ Bunlar için bkz.: ALTUNSAK Murat, “Defter ve Belgelerin İbraz Zorunluluğu ve İbraz Edilmemesi Halinde Uygulanacak Müeyyideler ile Cezai Sorumluluk”, Yaklaşım, S. 172, Nisan 2007, <http://www.yaklasim.com.tr>, Erişim Tarihi (ET.): 01.03.2011; SOYLU Tunahan, “Hangi Suçun Cezası Daha Ağırdır; Yasal Defterleri Tasdik Ettirmemek mi, Yoksa İbraz Etmemek mi?” Yaklaşım, S. 200, Ağustos 2009, www.yaklasim.com.tr, ET. 01.02.2011; ŞEKER Sakıp, “Defter ve Belgelerin İnceleme Elemanına İbraz Edilmemesinin Sonuçları”, http://www.esmmmo.org/docs/bilgi_bankasi/2000-08_yaklasim_defter_ve_blgelerin_inceleme_elemanina_ibraz_edilmesinin_sonuclari.pdf, ET. 01.03.2011.

ortaya çıkmaktadır. İnceleme konumuz itibariyle en önemli yaptırım olarak VUK'un 359. maddesi doğrultusunda hürriyeti bağlayıcı uygulanması ortaya çıkmaktadır. Bunun dışında vergi ziyai da meydana gelmişse artık bu ceza üç kat olarak uygulanacak ve mükellef uzlaşma imkânından yararlanamayacaktır. Kısaca ibraz etmeme fiili neticesinde mükellef birçok yaptırıma muhatap olabilecektir.

Çalışmada söz konusu yaptırımlardan en ağırı olan hürriyeti bağlayıcı ceza üzerinde durulacaktır.

VUK md. 359 hükmü gereği:

“a) Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan;

...

2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya **gizleyenler** (varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretler ile sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi gizlemek demektir) veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar hakkında **onsekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur**”.

Çalışmada öncelikle bu suçun unsurları, VUK'un ilgili hükümleri ve mahkeme kararları çerçevesinde değerlendirilecek, devamında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa kapsamında değerlendirme yapılacaktır.

Defter, kayıt ve belgeleri gizleme suçunun unsurları çok detaylı bir şekilde incelenebilir. Fakat çalışma konusu kapsamı itibariyle, bu suçun unsurları fazla detaya girmeden dört ana başlık altında şu şekilde ele alınabilir:

1. Tutulması Zorunlu Defterlerin Gizlenmiş Olması

Türk Vergi Sistemi, vergiyi doğuran olayın belgelendirilmesi ve bu belgelerin de kanunda belirtilen defterlere kaydedilmesi esasına dayanmaktadır. Belge ve kayıt düzeni esasının amacı, yükümlülerin ve yükümlü ile hukuki ilişkide bulunan üçüncü kişilerin vergi ile ilgili işlemlerinin belli edilmesinin sağlanmasıdır. Böylelikle, mükelleflerin servet, sermaye ve hesap durumları ile faaliyet ve hesap sonuçlarının ortaya konulması, incelenmesi ve tespiti sağlanmış olacaktır⁸. Bunun için ispat ve delil sistemi de belge düzenine dayanmaktadır.

⁸ KARAKOÇ Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Ankara 2007, s. 360; YALTI Billur, “Vergi Hukukunda Susma Hakkı (VUK 359)(a)(2)nin Anayasaya Aykırılığı Sorunu”, Vergi Dünyası, S. 285, Mayıs 2005, s. 24.

Belge ve kayıt düzeninin gerçeğe aykırı olarak gerçekleştiği durumlarda, üçüncü kişilerin kararlarının etkilenmesinin yanı sıra kamu hizmetlerinin finansmanının ana kaynağı olan vergilendirme de doğrudan etkilenecektir⁹. İşte, vergi idareleri ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu sağlama amacıyla inceleme, araştırma ve denetim yetkileri ile donatılmıştır¹⁰.

Mükelleflere defter tutma zorunluluğu getirilmesinin asıl amacı VUK'un 171. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir:

1. Mükellefin vergi ile ilgili servet, sermaye ve hesap durumunu tespit etmek;

2. Vergi ile ilgili faaliyet ve hesap neticelerini tespit etmek;

3. Vergi ile ilgili muameleleri belli etmek;

4. Mükellefin vergi karşısındaki durumunu hesap üzerinden kontrol etmek ve incelemek;

5. Mükellefin hesap ve kayıtlarının yardımıyla üçüncü şahısların vergi karşısındaki durumlarını (emanet mahiyetindeki değerler dahil) kontrol etmek ve incelemek.

VUK'un 172. maddesinde de kimlerin defter tutmak zorunda olduğunu tek tek sayma yoluyla belirtmiştir. İlgili maddeye göre aşağıda yazılı gerçek ve tüzelkişiler bu kanunun esaslarına göre defter tutmaya mecburdurlar:

1. Ticaret ve sanat erbabı;

2. Ticaret şirketleri;

⁹ “Bilindiği üzere bir ticari işletmenin kayıt ve belgeleri o ticari işletmenin mali durumunu belirleyici nitelikte bilgileri içermektedir. Bu bağlamda ticari işletmeler belli zaman aralıklarında mali durumlarını mevcut kayıt ve belgeleri üzerinden belirleyerek üçüncü şahıslara duyurmakta ve daha da önemlisi kendi ülke hukuklarına göre vergi ödevlerini yerine getirmektedirler. Mali durumlarını doğru beyan etmeyenlerin bu davranışları üçüncü şahısların kararları etkileyebileceği gibi kamu düzeninin oluşmasına yönelik güvenilirliliğini de olumsuz etkilemektedir. Kaldı ki, bu durum kamu finansmanının temel kaynağı olarak vergilendirmeyi de etkilemektedir Bir başka açıdan tutulması zorunlu defter, kayıt ve bu kayıtlarla ilgili belgelerin takibinin sağlanması, vergi doğuran muamelelerin gerçek mahiyetinin tesbitini kolaylaştırmak amacıyla tutulması zorunlu olan bu belgelerin belli süre saklanması ve istenildiğinde de ibraz edilmesi yükümlülüğü VUK tarafından zorunlu kılınmıştır”. SAKAL Mustafa/ALPASLAN Mustafa/ŞAHİN Yaşar, “Vergi İnceleme Elemanlarına Defter ve Belgelerin İbraz Yükümü ve AİHM Kararı Uyarınca Adil Yargılama Hakkı”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S. 55, Temmuz 2008, <http://www.lebiblyalkin.com.tr>, ET. 01.03.2011.

¹⁰ YALTI, Susma Hakkı, s. 24.

3. İktisadi kamu müesseseleri;
4. Dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmeler;
5. Serbest meslek erbabı;
6. Çiftçiler.

Vergi Usul Kanunu, defter tutma bakımından tüccarları iki gruba ayırmıştır. (VUK. md. 176).

I. Sınıf tüccarlar bilanço esasına göre defter tutarlar ve kanunen tutmaları zorunu olan defterler; yevmiye defteri, defterikebir ve envanter defteridir.

II- Sınıf tüccarlar ise işletme hesabına göre defter tutarlar ve kanunen sadece işletme hesabı defterini tutmakla yükümlüdürler.

VUK'un 220. maddesinde ise tasdik ettirilmesi zorunlu olan defterler düzenlenmiştir. Buna göre, yevmiye ve envanter defterleri, işletme defteri, imalat ve istihsal vergisi defterleri, nakliyat vergisi defteri, yabancı nakliyat kurumlarının hasılat defteri ve serbest meslek kazanç defterlerinin tasdik ettirilmeleri mecburîdir.

Defter ve belgeleri gizleme suçunun oluşması için öncelikle mükelleflerden ibrazı istenen defterlerin tutulması zorunlu defterler ve kanunen düzenlenmesi zorunlu olan belgeler olması gerekmektedir. Gizlemeyi, kanun “varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi” olarak tanımlamaktadır. Dolayısıyla tutulması zorunlu bile olsa varlığı noter kayıtları ile tespit edilmeyen defter ve belgelerin ibraz edilmemesi bu suçun oluşmasına neden olmayacaktır¹¹. Bu durumda sadece idarî yaptırım

¹¹ “... “varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit” olan defter ve belgelerin, saklama zorunluluğu olan 5 yıllık süre içerisinde usulüne uygun olarak yapılan tebligata rağmen vergi incelemesi için yetkili memura ibraz edilmemesinin gerektiği, dava dosyası içerisinde bulunan vergi tekniği raporu, tarh dosyası ile Düden Vergi Dairesi Müdürlüğü'nün cevabi yazısından, mükellef sanığın 1999 yılı Ocak ayı itibariyle faaliyetini terk ettiğini, faaliyeti olmadığı için 2001 ve 2002 yıllarına ait defter ve belgeleri tasdik ettirmediğini beyan etmesi, inceleme sonucunda da, 2001 ve 2002 yıllarında beyanname vermediği gibi 2001 ve 2002 takvim yıllarına ait defter ve belgelerinin de tasdik edilmediğinin anlaşılması, fatura ve irsaliyelerin ise 12.12.1994 yılında bastırılarak teslim alınmasına rağmen, defter ve belge istem yazısının 30/09/2004 tarihinde tebliğ edildiğinin ve aynı tarihli tutanak içeriğinde de, sanık tarafından, 1999 yılı itibariyle faaliyete son verildiğinin belirtilmiş olması karşısında sanığa yüklenen defter ve belgeleri gizlemek suçunun yasal unsurları oluşmamıştır...” Y. 11. CD., 10.02.2010 gün ve E. 2007/7235, K. 2010/732, www.online-hukuk.org ET.: 01.02.2010.

uygulanacaktır¹². Tutulması mecburî olan defterlerden herhangi birinin tutulmamış olması VUK'un 352. maddesi gereğince I. Derece usulsüzlük suçunu oluşturacaktır.

2. Varlıklarının Noter Tasdik Kayıtları veya Sair Suretlerle Sabit Olması

Kanunen tutulması zorunlu olan defterlerin noter veya kanunda belirtilen makamlara tasdik edilmesi gerekmektedir¹³. Defterler, iş yerinin, iş yeri olmayanlar için ikametgâhın bulunduğu yerdeki noter veya noterlik görevini ifa ile mükellef olanlar, menkul kıymet ve kambiyo borsasındaki acenteleri için borsa komiserliği tarafından tasdik olunur.

VUK'un 221. maddesi gereğince:

1. Öteden beri işe devam etmekte olanlar defterin kullanılacağı yıldan önce gelen son ayda;

2. Hesap dönemleri Maliye Bakanlığı tarafından tespit edilenler, defterin kullanılacağı hesap döneminden önce gelen son ayda;

3. Yeniden işe başlayanlar, sınıf değiştirenler ve yeni bir mükellefiyete girenler, işe başlama, sınıf değiştirme ve yeni mükellefiyete girme tarihinden önce; vergi muafiyeti kalkanlar, muafıktan çıkma tarihinden başlayarak on gün içinde;

4. Tasdike tabi defterlerin dolması dolayısıyla veya sair sebeplerle yıl içinde yeni defter kullanmaya mecbur olanlar bunları kullanmaya başlamadan önce tasdik ettirmeye mecburdurlar.

Defter ve belgeleri gizleme suçunun oluşabilmesi için ibrazı istenen defterler ve belgelerin varlığının noter kayıtları ya da sair suretlerle ispatlanması gerekmektedir. Bu durumda defter ve belgelerin varlığı her türlü delille ispat edilebilecektir.

Yargıtay Onbirinci Ceza Dairesinin bir kararında bu gereklilik, “213 sayılı Yasanın 359/a-2 maddesindeki defter, kayıt ve belgelerin gizlenmesi suçunun oluşması için ilk koşulun, vergi incelemesi sırasında, yetkililer tarafın-

¹² “Suçun konusu, maddede belirtilen nitelikteki defter kayıt ve belgelerdir. Suçun oluşumu için gizleme eyleminin herhangi bir zarara yol açması koşulu da aranmamıştır”. AyM., 31.01.2007 gün ve E. 2004/31, K. 2007/11, RG., 18.05.2007, S. 26526.

¹³ ORAL Hasan, “Yargıtay Kararları Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçu”, Prof. Dr. Mualla ÖNCEL'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 2009, s. 1325.

dan ibrazı istenen defter, kayıt ve belgelerin varlıklarının noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olmasının gerekmesine, diğer bir anlatımla, yetkililerin ancak, varlıkları noter kayıtları veya sair suretlerle sabit olan defter, kayıt ve belgelerin ibrazını isteyebilecekleri, aksi halde isteme hak ve yetkisinin mevcut olmadığı, zorunluluk bulunmasına rağmen defter, kayıt ve belgelerin tutulmaması keyfiyetinin usulsüzlük cezasını gerektirdiği, 23.7.1992 tarihli dilekçesiyle işini terk ettiğini vergi dairesine bildirdiği vergi inceleme raporundan anlaşılan sanığın, tutmak zorunda olmadığı 1993 yılına ait defter, kayıt ve belgeleri ibraz etmesinin söz konusu olamayacağı, bu açıklamalar ışığında müsnet suçun unsurları itibarıyla oluşmadığının kabulü ile beraat kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden mahkûmiyet hükmü tesisi...” hukuka aykırılık oluşturmaktadır, şeklinde ayrıntılı olarak ifade edilmiştir¹⁴.

Defter ve belgelerin varlığı, noter tasdiki dışında “sair suretlerle” de ortaya konabilecektir. Buna göre, mahkeme kararları, vergi dairesi ve ticaret odası kayıtları gibi delillere dayanılarak da defter ve belgelerin varlığı ortaya konabilecektir. Dolayısıyla bunlar da noter tasdik kayıtları gibi defter ve belgelerin mükellefin elinde olduğuna dair karine oluşturur¹⁵.

3. İnceleme Sırasında Vergi İncelemesine Yetkili Kimselere Defter ve Belgelerin İbraz Edilmemesi

VUK’un 134. maddesine göre, “vergi incelemesinden maksat, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamaktır”.

Defter ve belgeleri gizleme suçunun oluşması için ibraz talebinin inceleme sırasında yapılması gerekmektedir. Defter ve belgeleri ibraz isteğinin, vergi incelemesine yetkili olanlarca yapılması gerekir. Vergi incelemesine yetkili olanları VUK’un 135. maddesi gereğince şu şekilde belirtmek mümkündür:

- Hesap uzmanları ve hesap uzman yardımcıları,
- İlin en büyük mal memuru,
- Vergi denetmenleri ve vergi denetmen yardımcıları,
- Vergi dairesi müdürleri,
- Maliyet müfettişleri, maliye müfettiş muavinleri,

¹⁴ Y.11.CD., 01.02.2001 gün ve E. 6169, K. 674, karar için bkz.: OK, Sinan, “Vergi Usul Yasasından Defter ve Belgeleri İbraz Etmemek Suçu”, <http://www.yeniforumuz.biz/showthread.php?401286-Vergi-usul-yasasinda-defter-belge-ibraz-etmemek-su%C3%A7u>, ET. 01.03.2011.

¹⁵ Bkz.: ŞENYÜZ, s. 419.

- Gelirler kontrolörleri,
- Stajyer Gelirler kontrolörleri, Gelirler Genel Müdürlüğü'nün merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar.

Defter ve belgelerin mahkemeye ibraz edilmesi ile ilgili olarak Danıştay'ın vermiş olduğu farklı kararlar bulunmaktadır. Danıştay vermiş olduğu bir kararda; “ Vergi inceleme elemanına ibraz edilmeyen defter ve belgenin vergi mahkemesine ibraz edilmesi halinde mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle matrah farkı bulunmadığı sonucuna varılması durumunda re'sen salınan vergi ve kesilen ceza kaldırılabilir”¹⁶ şeklinde görüş belirtmiştir. Ancak, başka bir kararda ise, “2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2'nci maddesinin 2'nci fıkrası gereğince vergi mahkemeleri vergi idaresine ait vergi incelemesi ve karşıt inceleme yapma yetkisinin kullanışının hukuka uygunluğunu denetlemekle görevlidirler. Vergi idaresinin yerine geçerek vergi incelemesi ve karşıt inceleme yoluyla defter kayıtlarının ve bu kayıtların dayanağı olan belgelerin gerçek duruma uygunluğunu araştırmayacağı tabiidir. Bu bakımdan mahkemece davacının inceleme elemanına ibraz etmeyip mahkemeye sunduğu defter ve belgeler üzerinde, davalı vergi idaresince inceleme yapılmasına imkân sağlanması ve bu incelemenin sonucu alındıktan sonra uyuşmazlığın karara bağlanması gerekirken, yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu tarhiyatın terkinini yolunda verilen karar hukuka uygun bulunmamıştır”¹⁷ şeklinde hüküm vermiştir.

VUK.'un 139. maddesi gereğince, vergi incelemeleri, esas itibariyle incelemeye tabi olanın iş yerinde yapılır.

İş yerinin müsait olmaması, ölüm, işin terk edilmesi gibi zaruri sebeplerle incelemenin yerinde yapılması imkânsız olur veya mükellef ve vergi sorumluları isterlerse inceleme dairede yapılabilir. Bu takdirde incelemeye tabi olanın lüzumlu defter ve vesikalarını daireye getirmesi kendisinden yazılı olarak istenir.

¹⁶ D.4.d, 15.12.1999 gün ve E. 1999/1035, bkz.: BULUT Fevzi, VUK'a Göre Tutulması ve Saklanması Mecburi Olan Defter ve Belgelerin İbraz Edilmemesi, <http://www.huseyinust.com>, ET. 01.03.2011.

¹⁷ DVDDK, 16.05.2003 gün ve E. 2002/559, K. 2003/287, bkz.: BULUT, agm.; “Defter ve belgelerini çaldığından bahisle incelemeye ibraz edemeyen yükümlünün temin edebileceği belgeler, vergi dairesi haberdar edilip incelenerek karar verilmesi gerekirken, davanın vergi aslına ilişkin kısmının reddinde isabet bulunmadığı”, DVDDK, 18.02.2005 gün ve E. 2004/141, K. 2005/4; “Çaldığından bahisle defter ve belgeler incelemeye ibraz edilmese de, temin edilen belgelerin vergi dairesi haberdar edilerek incelenmesi gerektiği”, DVDDK, 24.12.2004 gün ve E. 2004/145, K. 2004/204, bkz.: GÜNDÜZ Fatih, ““Defter ve Belgelerin İnceleme Elemanına İbraz Edilmeyip Mahkemeye İbraz Edilmesi Mükellefleri İncelemeden Kurtarabilir mi?”, E-Yaklaşım, S. 62, Eylül 2008.

İncelemenin dairede yapılması halinde istenilen defter veya vesikaları belli edilen zamanda mazeretsiz olarak getirmeyenler, bunları ibraz etmemiş sayılır. Haklı bir mazeret gösterenlere, defter ve vesikalarını daireye getirmesi için münasip bir mühlet verilir¹⁸.

Vergi incelemesinin kanunda belirtilen şartlar yerine getirilmeden yapılması halinde mükellef açısından defter ve belgeleri gizleme suçu oluşmayacaktır. Örneğin mükelleften defter ve belgeleri daireye getirmesi yazı ile değil de sözle istenmesi durumunda, ibraz etmeme fiili, suç teşkil etmeyecektir.

Burada üzerinde durulması gereken diğer bir konu da defter ve belgelerin, vergi incelenmesine esas olmak üzere ibrazının istenmesi gerektiğidir. Aksi halde örneğin işi terk halinde iptal edilmek üzere istenilmesi halinde mükellefin defter ve belgeleri ibraz etmemesi bu suçu oluşturmayacaktır.

4. Defter ve Belgelerin Zamanaşımı Süresi İçinde İbrazının İstenmesi Gerektiği

VUK'un 253. maddesine göre; defter tutmak mecburiyetinde olanların, tuttıkları defterleri ve VUK'un üçüncü kısmında yazılı olan belgeleri, ilgili buldukları yılı izleyen takvim yılından itibaren beş yıl süre ile muhafaza etmek zorundadırlar. Dolayısıyla, 5 yıllık süre geçtikten sonra defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, "gizleme" sayılmaz. Bu kuralın, yıllara yaygın inşaat işleri gibi 5 yılı aşan bazı istisnaları vardır. Ama süre kural olarak 5 yıldır. Dolayısıyla, 5 yıllık süre geçtikten sonra defter ve belgelerin ibraz edilmemesi "gizleme" sayılmaz¹⁹. Ayrıca ibraz için yapılan tebligatın da usulüne uygun olması gerekmektedir²⁰.

¹⁸ "Sanığa defter ve belgelerinin ibrazı için 05.04.1995 tarihli tutanakla verilen sürenin 213 sayılı Yasa'nın 14. maddesine aykırı olarak 15 günden az tayin edilmiş olması sebebiyle münnet suçun yasal unsurları itibariyle oluşmadığından beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi, yasaya aykırıdır". Y.11.CD., 24.01.2000 gün ve E. 2000/8141, K. 2000/24,bkz.: TEMİZYÜREK Onur, "Defter ve Belge İbraz Etmeme Fiilinin Kaçakçılık Suçu Olarak Değerlendirilmesi İçin Gerekli Şartlar", Yaklaşım, S. 196, Nisan 2009, <http://www.yaklasim.com.tr>, ET. 01.03.2011; Mühlet vermede idarenin takdir yetkisi için bkz: ÜSTÜN Ümit Süleyman, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Ankara 2007, s. 118.

¹⁹ KIZILOLTOZ Zuhâl, Defter ve Belgelerin İbraz Edilmemesinin Suç Oluşturmadığı ve Oluşturduğu Durumlar, Yaklaşım, S. 201, Eylül 2009; ENGİN Rifat, "Defter ve Belge İbraz Zorunluluğunun Yerine Getirilmemesi", Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S. 9, Eylül 2005, <http://www.lebibyalkin.com.tr> ET. 01.03.2011.

²⁰ ŞENYÜZ, s. 70; ORAL, s. 1325.

II. DEFTER VE BELGELERİN GİZLENMESİ HÜKMÜNÜN ANAYASAYA AYKIRILIĞI SORUNU

VUK'un 359/a-2. maddesinin anayasaya uygunluğu tartışma konusudur. Bu maddeyi, Anayasanın hukuk devleti, eşitlik gibi ilkelerinin yanı sıra susma hakkı kapsamında da değerlendirmeye tabi tutmak mümkündür.

Ayrıca, defter ve belgeleri tutan ancak inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi suç olarak düzenlenmişken; defter ve belgeleri hiç tutmayan mükellef hakkında sadece idari nitelikli bir cezanın öngörülmüş olması da tartışılması gereken bir konudur²¹. Bu durumda kanun koyucunun düzenleme yetkisinin ölçsüz kullanılmasından dahi bahsetmek mümkün olabilecektir.

Anayasa Mahkemesi itiraz yoluyla önüne gelen davada, defter tutma, saklama ve ibraz etme ödevlerine uyulmamasının suç kabul edilmesinin, vergi borcunun tespiti ve sonuçta ödenmesini sağlayarak vergi kaybını önlediğini, kamu hizmetlerinin finansmanı için gerekli fonların toplanması suretiyle kamu yararını sağladığını belirtmiştir. Ayrıca, vergi ile ilgili defter tutma, saklama ve ibraz etme zorunluluğunun kanunlarla yükümlülere verilen bir görev olduğunu ve bu zorunluluğun mükellefin kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak nitelendirilemeyeceğini, ilgili maddede yer alan susma hakkının kovuşturma ve soruşturma aşaması için geçerli olduğunu vurgulamıştır.

Bu ilkenin eşitlik ilkesine aykırılığı konusunda karşıoy yazısında şu hususlara yer verilmiştir: “Defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, cürüm niteliği taşıdığına kuşku olmayan hileli işlemlerde bulunmak, sahte belgeler düzenlemek gibi eylemlerden ziyade, mahiyet itibariyle daha ziyade yaptırımı sadece idari para cezası olan, meslek ve sanatın icrası için işyerinde belli belge veya ruhsatların hazır bulundurulması ya da duvara asılması, bunların denetimlerde ilgililere ibraz edilmesi, sürücü belgesinin trafik kontrolünde gösterilmesi gibi kural ve emirlere uymama eylemlerine benzemektedir. Bir hukuk devletinde, mahiyet ve sonuçları itibariyle benzerlik gösteren eylemlerin benzer yaptırımlara bağlanması gerekir. Yasa koyucu, burada sınırsız takdir yetkisine sahip değildir. Dolayısıyla, iptali istenen kuraldaki eylemi (defterleri

²¹ Hiç belge düzenlenmemesi yerine, eksik de olsa bir belge düzenlenmesi vergi idaresi açısından daha tercih edilebilir durumdur. Ama hiç belge düzenlemeyen bir mükellef, vergi kaçakçısı olmamaktadır. Benzer durum defter ve belgelerini gizleyen açısından da söz konusudur. Bkz.: OZANSOY Ahmet, “Vergi Kaçakçısı Olmanın Zorluğu”, S. 245, Şubat 2009, s. 97.

ibraz etmeme) gerçekleştiren mükellefin konumu da 359. maddede sayılan diğer eylemlerde bulunan kişilerle aynı olmadığından, bu kişilerin tümüne aynı cezanın öngörülmesi Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Gözden kaçırılmaması gereken çok önemli bir gerçek de, mevzuatımızda, ekonomik ve ticari faaliyette bulunduğu halde hiç defter tutmayan, belge saklamayan ve vergi mükellefi kaydı da olmayan kişilere hürriyeti bağlayıcı ceza verilmediğidir. Tutulması kanuna göre zorunlu olan defterlerin hiç tutulmaması cürüm oluşturmamakta, “usulsüzlük” sayılarak, idari yaptırım ile cezalandırılmaktadır. Kuşkusuz, çağdaş hukukta geçerlilik kazanan “ekonomik suçlara ekonomik ceza” ilkesi gereğince, kayıtdışı ekonomik faaliyetlerden dolayı hapis cezası öngörülmesi uygun olmayacak ve kayıtdışılık sorununa esasen çözüm de getiremeyecektir. Ancak, mevzuata göre tutması gereken defterleri hiç tutmayan kişi için hapis cezası öngörülmezken iyi-kötü defter tutan, tasdik ettiren, fakat inceleme sırasında göstermeyen/gösteremeyen kişiye üst sınırı üç yıla varan ağırlıkta bir cezanın öngörülmesi, bir hukuk devletinde mevzuatın muhtelif kuralları arasında bulunması gereken denge, adalet ve ölçülülük hususlarına uygunluk taşımadığından, Anayasa'nın 2. maddesine de aykırıdır”²².

Anayasanın 2. maddesinde “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” hükmüne yer verilmiştir. Hukuk devleti açısından adaletin gerçekleştirilmesinde, kanunlarda yer alan hüküm-

²² “Defter ve belgelerin ibraz edilmemesi eylemi, Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde belirtilen ve suç oluşturan diğer eylemlerden farklıdır. Anılan maddede sayılan diğer tüm hallerde (defter ve belgelerin yok edilmesi dahil) suç, icrai davranışlarla gerçekleştirilmektedir. Bu davranışlar yanılma ve gerçeğe aykırı kayıt veya belgeler oluşturma kastı ile yani özel kastla gerçekleştirilebilir. Defter ve belgelerin ibraz edilmemesi eylemi ile pratikte aynı sonucu doğuran, 359. maddenin (b) fıkrasının (1) numaralı bendinde düzenlenmiş olan “defter, kayıt ve belgeleri yok etme” eylemi de, birtakım icrai davranışlar gerektirmektedir. Uygulamada yaygın şekilde başvuru, işyerine hırsız girmiş, su basmış veya yangın çıkmış süsü verilerek defter veya belgelerin yok edilmesi, özel kast ile işlenen suçlardır. Buna karşılık, defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, aynı maddede düzenlenen ve yukarı haddi üç yıl olan hapis cezasıyla cezalandırılan diğer hileli ve yanılıcı eylemlerin ihmali davranışlarla gerçekleştirilen bir çeşidi olmayıp; genel kastla işlenmesi ve yarattığı tehlikenin (vergi incelemesinin uzaması, vergi kaybı olasılığı) büyüklüğü açısından farklılık gösteren bir eylemdir”. Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoy gerekçesi, AyM., 31.01.2007 gün ve E. 2004/31, K. 2007/11, RG., 18.05.2007, S. 26526.

ler arasında ölçülülüğün ve orantılılığın sağlanması da önemli rol oynayacaktır. Anayasa Mahkemesi kararlarında da hukuk devletinin tanımında “adil bir hukuk düzeni kuran” ifadesine yer verilmiştir²³. Fakat Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun daha hafif suçlara daha ağır ceza öngörmesini somut bir aykırılık haksızlık ya da adaletsizlik olarak değerlendirmemiş “yasa koyucunun yasama yetkisini kullanırken, Anayasa’nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayılırsa hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi durum ve davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisi” olduğunu kabul etmiştir²⁴. Kanun yapma yetkisine sahip olan yasama organı sınırsız bir yetkiye sahip değildir. Yasama organının anayasa ile bağlı olduğunun unutulmaması gereklidir. Kanun koyucunun yasama yetkisini kullanırken ölçülülük ve orantılılık ilkelerini de mutlaka dikkate alması gerekmektedir.

“Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesine, Anayasa’nın 10. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre, “kanun önünde eşitlik ilkesi” hukukî durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemler değil, hukukî eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulanmaları gerektirebilir. Aynı hukukî durumlar aynı, aynı hukukî durumlar farklı kurallara bağlı

²³ “... Hukuk devleti, her eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozmayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını ilen devlettir...” AyM., 27.03.1986 gün ve E. 1985/31, K. 1986/11, RG., 09.05.1986, S. 19102.

²⁴ “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa’nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Yasa koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseseler konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu yetki, vergi suç ve cezaları bakımından da geçerlidir”. AyM., 20.05.2010 gün ve E. 2009/51, K. 2010/73, RG., 02.12.2010, S. 27773.

tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez"²⁵. Aynı hukukî durumda olanlara aynı, farklı hukukî durumda olanların ise farklı kurallara tabi tutulması gerektiği hususu, özel usulsüzlük suçunun yaptırımıyla ilgili yapılan bir itiraz başvurusunda da Anayasa Mahkemesince vurgulanmıştır²⁶.

VUK md. 359/5 aynı durumda olan herkesi kapsayan içine alan bir hükümdür. Dolayısıyla bu hükmün eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu söylenemez. Ancak anayasanın diğer ilkeleri kapsamında değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

Kuralın iptali için itiraz yoluna başvuran Adana 8. Asliye Ceza Mahkemesi itirazının gerekçesini Anayasa md. 38/5'e dayandırmıştır. İlgili hüküm çerçevesince, "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz."

Anayasa Mahkemesi, incelemesini Anayasanın 38/5. maddesi doğrultusunda, susma hakkı çerçevesinde gerçekleştirmiştir. Ancak Mahkeme, defter, kayıt ve belgeleri ibraz etmeme fiilinin, susma hakkı kapsamına girmediğine hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesine göre susma hakkı "suçlanmayla başlayan bir haktır. Kovuşturma ve soruşturmanın her aşaması için geçerlidir. Kamu hizmetlerinin finansmanına, vergiler aracılığıyla katılmak bireylere yüklenen Anayasal bir ödevdir. Yasalar ile yükümlülerin ve onlarla hukuki ilişkide bulunan üçüncü kişilerin vergi ile ilgili kayıtlarının denetlenmesi amacıyla kimi defter, kayıt ve belgeleri tutmak, saklamak ve istenildiğinde yetkililere ibraz

²⁵ AyM., 08.01.22002 gün ve E. 2001/493, K. 2002/11, RG., 12.04.2002, S. 24724; AyM., 13.05.2004 gün ve E. 2000/85, K. 2004/61, RG., 21.07.2004, S. 25529; AyM., 19.06.2008 gün ve E. 2003/94, K. 2008/123, RG., 05.11.2008, S. 27045.

²⁶ "Beyannamesini beyannamenin kanuni süresinin sonundan başlayarak elektronik ortamda 15 gün içinde veren mükelleflere öngörülen idari para cezası 372,50 TL, bu sürenin dolmasını takip eden 15 gün içinde verilmesi halinde ise 745,00 TL özel usulsüzlük cezası olduğu halde, elektronik ortamda beyannamesini 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 355. maddesinin son fıkrasında düzenlenen sürelerden (yasal beyanname verme süresini izleyen 30. günden) sonra veren mükelleflere öngörülen ceza 50,00 TL usulsüzlük cezası olmaktadır. Bu durum Anayasal bir ilke olan ölçülülük ilkesine açık aykırılık oluşturmaktadır" gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine İstanbul 2. Vergi Mahkemesince başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi ise söz konusu kuralın Anayasaya aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir: "Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen yasa önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Mükerrer 355. maddede, belirli sürelerde beyanname verilmesi halinde cezaların indirimli uygulanması, bu süreler dışında beyanname verilmesi veya hiç beyanname verilmemesi hallerinde yasada belirtilen cezaların uygulanması öngörüldüğünden, eylemler ayrılarak bu eylemlere bağlı ceza getirildiğinden, eşitlik ilkesinin ihlalinin söz edilemeyecektir". AyM., 13.01.2011 gün ve E. 2009/21, K. 2011/16, RG., 02.04.2011, S. 27893.

etmek zorunluluğuna uyulmamasının suç olarak kabul edilmesi ile suçla itham edilme birbirinden farklı durumlardır. Vergi ile ilgili defter tutma, saklama ve ibraz etme zorunluluğu yasalarla yükümlülere verilen bir görevdir. Bu görevler yerine getirilmediği takdirde suç oluşmaktadır. İtiraz konusu kural ile herkesin geliri oranında vergiye katılımının sağlanması ve ödenmesi gereken vergi miktarının tespiti için, Vergi Yasası'nda öngörülen defterlerin tutulmasının ve bu defterlerin istendiğinde ibraz edilmesinin zorunlu kılınması, mükellefin Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen, kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak nitelendirilemez.”

Ancak karşı oy yazısında²⁷ da belirtildiği üzere Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan haklar Anayasanın 12. maddesinde belirtilen temel hak ve özgürlükler kapsamındadır ve sadece 13. maddede belirtilen nedenlerle sınırlandırılabilir. İlgili maddeye göre “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE VERGİ MÜKELLEFİNİN SUSMA HAKKI

Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruda, Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinin (a) bendinin 2 numaralı alt bendi uyarınca mükellefin, defter ve belgelerini vergi denetimi sırasında ibraz etmemesi nedeniyle oluşan eyleminin suç kabul edilmesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine de uygun bir düzenleme olmadığı ileri sürülmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde adil yargılama hakkı düzenlenmektedir. Bu maddeye göre:

²⁷ “Susma hakkının ancak belirli koşullarda yani kişi hakkında soruşturma veya kovuşturma başlaması durumunda doğacağı kabul edilmekle, bu temel hakkın ancak “sanık” ya da “şüpheli” konumundaki kişiler için geçerli olacağı sonucuna varılmakta ve böylelikle, hak sujesi yönünden bir sınırlandırma yapılmaktadır. İlgili maddesinde herhangi bir sınırlama nedeni belirtilmeyen bir hakkın, bu hakkı kullanabilecek kişi veya bu kişinin konumu yönünden sınırlandırılması olanağı yoktur. ... Çoğunluk görüşünün aksine, susma hakkının kullanılmasının sanık veya şüpheli statüsü ile sınırlı olmadığı açıktır. ... Vergi incelemesinde susma hakkı olamayacağı; kişiyi, kendi aleyhine sonuçlar doğuracak kayıt veya belgeleri ceza tehdidi altında ibraz etme mecburiyeti getiren kurallar konabileceği görüşüne karşıyım”. Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoy gerekçesi, AyM., 31.01.2007 gün ve E. 2004/31, K. 2007/11, RG., 18.05.2007, S. 26526.

“1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizlilik gerektirdiğinde

2. veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

3. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

4. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selametini gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercüman yardımından para ödemeksizin yararlanmak”.

Adil yargılanma hakkı çerçevesinde susma ve kendini suçlamama, kişinin hem aleyhine olan beyanı yapmama hem de belgeleri vermeme hakkını içermektedir²⁸. Bir savunma aracı niteliğinde olan susma hakkı, kişinin kendini suçlayıcı bir duruma düşmesine yol açacak şekilde zorlanamamasını

²⁸ İNCEOĞLU Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2002, s. 263.

ifade eder²⁹. Bir başka ifadeyle susma hakkı, suç isnadı altında bulunan kişinin sadece kendi aleyhine delil vermemesini ifade etmez, aynı zamanda kişinin sessiz kalmasının aleyhine delil oluşturmamasını da içerir. Böylece kişinin kendi mahkumiyetine yardımcı olmaya mecbur bırakılmamasını sağlar³⁰.

Susma hakkı ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarını ele almadan önce, önemli bir hususun üzerinde durmak gerekmektedir. Bu da, Sözleşmenin adil yargılanma ile ilgili 6. maddesinin, ceza hukuku anlamındaki suç ve cezalarda uygulanabileceğidir. AİHM, idarî yaptırım ile ceza arasındaki ayrımı kabul etmektedir. Ancak AİHM, bu ayırmada ulusal hukuktaki nitelendirmeye bağlı kalmadan kendi geliştirdiği kriterleri kullanmaktadır³¹. Böylece AİHM, ulusal hukukta idarî yaptırım olarak kabul edilen bir yaptırımı, cezaî yaptırım olarak kabul edebilecek ve kişinin kendi aleyhine bilgi vermeye zorlanmasını susma hakkının ihlali olarak değerlendirebilecektir.

AİHM'nin belirlediği bu kriterler çerçevesinde, yaptırımın sadece belli bir grubu değil, tüm vergi mükelleflerini ilgilendirmesi, bunların hepsine uygulanabilir olması gerekmektedir. Ayrıca yaptırımın bir zararın parasal tazminini değil, benzeri davranışların tekrarını önlemek için cezalandırmayı hedeflemesi (caydırma amaçlı olması) gerekir. Yaptırımın önleyici ve cezalandırıcı amacı olan genel nitelikli bir kurala dayanması da diğer bir kriterdir. Son olarak uygulanan yaptırımın miktarının çok yüksek olması da şarttır³². AİHM'ye göre bu şartlar bir arada bulunuyorsa, söz konusu yaptırım iç hukukta idarî olarak nitelendirilse dahi, cezaî olarak kabul edilecek ve sözleşmenin 6. maddesi kapsamında adil yargılanma ve bu bağlamda susma hakkı açısından incelenecektir.

Susma hakkının, açıkça ifade edilmemekle birlikte³³, Sözleşmenin 6/1. maddesindeki adil yargılanma hakkının içerisinde yer aldığı, Avrupa İnsan

²⁹ YALTI, Susma Hakkı, s. 24.

³⁰ ŞENYÜZ, s. 424.

³¹ BAŞARAN YAĞAŞLAR Funda, “İdari Nitelikli Vergi Suçları ve Cezaları”, Vergi Dünyası, S. 229, Temmuz 2006, s. 127.

³² Hatta Bendenoun davasında, kişinin para cezasının tamamını ödememesi halinde hapisle taziyi de gündeme gelebilecekti. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: TEZCAN Durmuş, “AİHS Açısından Vergi Cezaları ve Adil Yargılanma Hakkı”, 2006 İdarî Yargı Sempozyumu, <http://www.danistay.gov.tr>, s. 3, ET. 01.06.2011: İNCEOĞLU, s. 93.

³³ BAKER Philip, “Taxation And The Human Rights Act 1998”, http://www.taxbar.com/articles/Taxation_Human_Rights_Act_Philip_Baker_QC.pdf, s. 7, ET. 01.06.2011.

Hakları Mahkemesince ilk kez *Funke* davasında ortaya konulmuştur³⁴. Jean-Gustave Funke Fransa'da yaşayan bir Alman vatandaşıdır. Gümrük yetkilileri, Funke'nin yurtdışındaki varlıklarının ayrıntılarını belirlemek üzere evine gitmiştir. Funke banka ekstrelerini vermeyi reddetmiş, bu nedenle aleyhine açılan davada mahkeme kendisini, işbirliği yapmaya davet eden mahkeme kararına uyduğu tarihe kadar geçecek her gün için para cezasına çarptırmıştır. Funke, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1 ve 6/2. maddelerin ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. Mahkeme, belge vermeyi reddettiği için para cezasına mahkûm olan Funke'nin adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir³⁵. Kendinden istenilen belgeleri vermeyen kişinin para cezasına çarptırılması, susma hakkının ihlali niteliğinde görülmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, John Murray/İngiltere davasında sanığın sorgulama sırasında susma ve kendi kendini suçlamaya zorlanmama hakkının uluslar arası düzeyde genel kabul görmüş kurallardan olduğu ve bununun adil yargılanma hakkının özünde yer aldığı belirtilmiştir³⁶. Polise cevap vermeyen tanığın cezalandırılması (Heaney ve diğerleri/İrlanda, 21.12.2000) ve istenen belgeleri vergi denetçilerine vermekten kaçınan kişinin bu nedenle cezalandırılması adil yargılama hükmüne aykırıdır³⁷.

İnceleme konumuz itibariyle önemli bir diğer dava İsviçre vatandaşı J.B. ile ilgilidir. Bir başka mükellefin araştırılması sırasında J.B.'nin o mükellef ve onun şirketlerine yatırım yaptığını fakat bunları beyan etmediğini tespit etmiştir. J.B. hakkında vergi kaçakçılığı incelemesi başlatılmış ve kendisinden ilgili döneme ilişkin geliri ile ilgili bütün belgeleri vermesi istenmiştir. Mütadit defalar yapılan talebe karşı J.B. bilgi ve belgeleri vermemiş ve kendisine para cezası kesilmiştir. AİHM, " bir devletin, sırf verginin doğru tarh edilmesini sağlamak amacıyla, vergi yükümlüsüne bilgi verme yükümlülüğü getirip getiremeyeceği meselesini değerlendirmemektedir... Bir kişinin kendini suçlamama hakkı, bir ceza davasında iddia makamının sanığa karşı iddiasını, sanığın arzusu hilafına baskı veya eza yöntemleri ile elde edilen kanıtlara başvurmadan ispat etmesi gereğine dayanır..... Yetkililerin vergi tarh edebilmek

³⁴ Funke V. France, 25.02.1993, Ser.A, No.256-A, 16 ehrr 297; SOYDAN YALTI Billur, İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı III, Vergi Sorunları Dergisi, S. 145, s. 124; YALTI, Susma Hakkı, s. 27.

³⁵ YALTI SOYDAN, s. 124.

³⁶ GÖLCÜKLÜ Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2002, s. 294.

³⁷ GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, s. 294.

için başvuruçuyu, geliri hakkında bilgi verebilecek belgeleri vermeye zorladıkları anlaşılmaktadır.Sonuç olarak, 6/1'deki kendini suçlamama hakkı ihlal edilmiştir” şeklinde karar vermiştir³⁸. AİHM, devletlerin vergi cezaları, vergi denetim yöntemleri ile ilgili takdir yetkisi hakkında bir değerlendirme yapmamaktadır. Ancak, kendinden istenen belgeleri vermeyen, susan mükelleflerin hapis cezası bir yana, para cezasına çarptırılacak olmasını dahi susma hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir.

AİHM kararlarının değerlendirilmesinden susma hakkının, hem yargılama öncesi araştırma safhasını ve ceza riski taşıyan vergi inceleme süresini ve hem de ceza davasını kapsadığı anlaşılmaktadır³⁹.

Ayrıca, susma hakkının kullanılmış olması dolayısıyla haksız çıkarımlar yapılması halinde de masumluk karanesi ihlal edilmiş olacaktır⁴⁰. Masumiyet karanesi gereği mahkeme üyeleri yargılamaya başlarken sanığın suçlu olduğuna ilişkin bir önyargı veya önkabul taşımamalıdır⁴¹. Bazı Yargıtay kararlarında ilgilinin defter ve belgeleri istendiğinde inceleme elemanına vermemesi vergi kaçırıldığı yönünde haksız çıkarımlara neden olmuştur⁴². Dolayısıyla doktrinde susma hakkı ile kamu düzenini koruma arasında dengeyi kurmak ve salt belge gizlemenin bir hak kullanma olarak değil de işlediği bir suçtan kaçınma olarak yorumlandığı takdirde, bunun Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varılacağı ileri sürülmektedir⁴³.

AİHM kararları çerçevesinde Türk vergi usul hukukundaki hükümlerin yeni bir bakış açısıyla değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁴. Bu

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: YALTI, Susma Hakkı, s. 30 vd; J.B. V. Switzerland, AİHM, 03.05.2001, No: 31827/96.

³⁹ YALTI, Susma Hakkı, s. 29.

⁴⁰ TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ SANCAKDAR Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004, s. 357.

⁴¹ BARBERA, MESSEGUE ve JABARDO, İspanya, 06.12.1988, www.echr.coe.int.; ATLIHAN, Özen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Siteminde Adil Yargılama Hakkının Temel Unsuru Olarak Masumiyet Karanesi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, Yıl 2005, s. 311.

⁴² “...Ait olduğu yılı takip eden beş yıl süreyle saklanması ve istenildiğinde ibraz edilmesi zorunluluğu bulunan belgelerin, 213 sayılı Yasanın 13. maddesinde gösterilen mücbir sebeplere veya kastı kaldıran diğer nedenlere dayanmayarak yetkililere ibraz edilmeyip gizlenmesinden dolayı, vergi kaybının mevcut olduğunun kabulünde zorunluluk vardır ve usulüne uygun tebligat aranmaz...” Y.11.CD., E: 2001/1068 K: 2001/1791 T: 26.02.2001, YasaBul, İnternet Mevzuat Arama Programı.

⁴³ DONAY Süheyl, Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, İstanbul 2008, s. 135.

⁴⁴ YALTI, s. 144 vd., 149.

görüŖe göre, vergi yükümlüsünün kendi aleyhine delil vermesi sonucunu yaratacak Ŗekilde defter ve belge ibrazının hapis veya para cezasına bağlanması susma hakkının ihlalidir. Bu çerçevede vergi yükümlüsünün susma hakkı, hem ifade hem de defter ve belgeleri vermeyi reddetmeye ilişkin bir koruma alanı yaratır. Dolayısıyla burada tartışılan konu vergi idaresinin vergilendirme sürecinde bilgi toplaması değil bilgi toplamak için zora bařvurmasıdır⁴⁵. Kişiden istenilen bilgi ve belgelerin verilmemesine bağlanan her türlü yaptırım da (iç hukukta idarî yaptırım olarak düzenlense dahi) susma hakkının ihlalini teşkil edecektir.

Ancak AİHM'in bu yaklaşımının vergi ceza yargılaması ile normal bir vergilendirme süreci arasında sınır sorunlarına yol ağtığı vurgulanmaktadır. Örneęin bir vergi mükellefi normal bir incelemede dahi, ileride kendisi aleyhine açılacak bir ceza davasında değerlendirilebileceği gerekçesiyle susma hakkına sahip olduğunu ileri sürebilecektir⁴⁶. Buna göre, belge gizlemenin işlediği bir suçtan kaçınma olarak yorumlandığı takdirde, bunun Anayasa'ya aykırı olmayacağı yönündeki görüş de⁴⁷ bu noktadan eleştirilebilir. Yine doktrindeki diğer bir görüşte de, mükellefin vergi suçu işlediği şüphesine yol ačan delillerden hareketle defter ve belgelerin istenmesiyle, programlanmış vergi denetimlerinde istenmesi arasında nitelik farkının bulunduğu belirtilmektedir. Buna göre vergi idaresinin denetim yetkisiyle kişinin susma hakkı arasında bir dengenin kurulması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu dengenin kurulması için de susma hakkının, defter ve belgelerin ibrazının istenmesinden önce vergi kaçırdığı şüphesinin bulunması ve bu sebeple incelemeye başlanmış bulunması hali ile sınırlı olarak uygulanması gerektiği belirtilmektedir⁴⁸. Aynı yöndeki bir başka görüşte de, vergi kaçırdığı şüphesiyle incelemeye alınan bir kişinin defter, kayıt ve belgelerini ibraz etmemesi susma hakkı kapsamında

⁴⁵ YALTI, s. 148; YALTI, Susma Hakkı, s. 30; “Zorlama, kişinin kendini suçlar mahiyetteki bilgiyi, cebir altında ve arzusu hilafına, yetkili makamlara vermesini sağlamak için iradesini etkilemeyi ve/veya özgürlüğünden yoksun bırakmayı kapsar. Bu açıdan kişinin kendini suçlar mahiyette ifade, bilgi, belge vermemesi halinde uygulanan her türlü yaptırım, idari para cezası veya hapis cezası, “zorlama” anlamına gelir ve susma hakkını ihlal eder”, Bkz.: YALTI, Susma Hakkı, s. 29.

⁴⁶ AMBOS Kai, “(Alman) Ceza Muhakemesi İçin Avrupa Hukuku'ndan Kaynaklanan Yükümlülükler-AİHM'nin 2000-2002 Yılları Arasındaki Kararları Hakkında”, (Çev.: ERDEM Mustafa R.), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Kunter'e Armağan, Ankara 2004, s. 141-142, Aktaran: BAşARAN YAVAşLAR, s. 128.

⁴⁷ DONAY, s. 135.

⁴⁸ CANDAN Turgut, “Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler”, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 276 vd.

değerlendirilmeli ve kişi cezalandırılma yoluna gidilmemelidir. Buna bağlı olan vergi ziyai cezası da, ağır nitelikli fiil kapsamında değerlendirilmemelidir. Çünkü, susma hakkının bulunduğu durumlar bir anlamda ibraz etmeme fiilini hukuka uygun hale getirmektedir⁴⁹.

Ancak doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, AİHM'nin bu yaklaşımı, adlî cezalara uygulanan kurallar ile idarî yaptırımlara uygulanacak kuralların giderek aynılaşmasına yol açan, aralarındaki farkı kaldıran bir yaklaşım niteliğindedir⁵⁰. Ayrıca kendini suçlamama hakkının ceza hukukundaki içeriğiyle vergi hukukuna yansımaları, idarî yaptırımlar bakımından da uygulama alanı bulması büyük sorunlara yol açacaktır. Susma hakkı çerçevesinde kendisinden istenen bilgi ve belgeleri ibraz etmekten kaçınan mükellefe hiçbir yaptırımın uygulanamayacağını kabul etmek; defter tutma, belge düzenleme, bunları saklama gibi vergisel ödevlerin yerine getirilmesinin mükellefin keyfine bırakılması anlamına gelecektir⁵¹. Mükellef susma hakkına böyle geniş ölçüde sahip olduğu takdirde, diğer ödevleri yerine getirmeme konusunda da adeta büyük bir imkâna kavuşmuş olacaktır.

Vergilendirme süreci mükellefin yönlendirmesi ve vergi idaresinin bilgi toplaması çerçevesinde ilerleyen bir süreç olduğu için susma hakkını vergilendirme sürecinde uygulamak çok zordur. Susma hakkı vergi idaresi bakımından zor durumlara yol açmaktadır⁵².

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Türk vergi sistemi, mükellefin beyanına dayanmaktadır. Vergiler kural olarak mükellefin beyanına dayanılarak tarh edilmektedir. Mükellefin beyanına itibar edilmesi ve gerçek ödeme gücünün belirlenip ona göre vergileme yapılması, sistemin temel özelliklerinden biri olarak ortaya çıkmaktadır.

⁴⁹ ŞENYÜZ, s. 71.

⁵⁰ BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 128.

⁵¹ BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 128; “Diğer yandan, bilgi ve belge ibrazından kaçınma halinde vergi idaresinin kullanabileceği araçlar ise, re’sen tarhiyat ile arama olacaktır. Denetim sıklığının az olduğu bir ülkede, hatta bazen re’sen tarhiyat çerçevesinde gerçek matrihtan daha az takdir yapılabileceği de düşünülürse, re’sen tarhiyat riski kolaylıkla göze alınabilecektir... Dolayısıyla, kendini suçlamama hakkı, denetimin sık yapılamadığı ülkelerde, vergisel para cezaları alanında, kayıt dışılığı, vergi kaçırımı, re’sen tarhiyatları ve aramaları artıran bir durum yaratabilecektir”. BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 129.

⁵² BAKER, s. 7.

Tabii ki mükellefin beyanının doğruluğunun kontrol edilmesi de gereklidir. Vergi idaresi bu konuda inceleme, arama, bilgi toplama gibi çeşitli imkanlara sahiptir. Bu sayede mükelleflerin beyanlarının doğruluğu tespit edilebilecek ve gerçek ödeme gücüne göre vergileme yapılabilecektir. Böylelikle vergi adaleti gerçekleştirilemeye çalışılacaktır.

Bu noktada, mükellefin kendisinden istenen bilgi, belge, defter ve kayıtları inceleme elemanına ibraz etmesi büyük önem taşımaktadır. Bu ibraz ve inceleme sonucunda vergi adaletine daha çok yaklaşılabilecektir. Belki bu noktada, mükellefin beyanına itibar edilmesine rağmen mükellefin kendisinden istenen defter, belgeleri ibraz etmemesi hakkın kötüye kullanımı olarak dahi düşünülebilecektir. Ancak mükellefin ibrazdan kaçınması halinde ortaya önemli sorunlar çıkmaktadır. Bunun için ibrazdan kaçınmaya çeşitli yaptırımlar bağlanmıştır. Bu yaptırımların bir kısmı idarî niteliktedir. Ayrıca bu fiile karşı hürriyeti bağlayıcı ceza da VUK'ta öngörülmüş bulunmaktadır. Nitekim, Funke'nin istenilen belgeleri vermemesi nedeniyle para cezasına çarptırılması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlali iken VUK. 359'da istenilen defter ve belgeleri ibraz etmeyen mükellefin hapis cezasına çarptırılması insan hakları açısından daha ağır bir ihlal olarak kabul edilebilir.

Defter, kayıt ve belgeleri ibraz etmeme fiiline karşı hapis cezası uygulanması tartışmalı bir konudur. Nitekim konu iki defa Anayasa Mahkemesine taşınmış, fakat Mahkeme ilgili hükmü anayasaya aykırı bulmamıştır. Nitekim hiç defter, belge tutmayanların idarî yaptırım dışında kesinlikle hapis cezasına çarptırılmamaları gerçeği de göz önüne alındığında, defter ve belge tutan fakat bunları ibraz etmeyenlerin hapis cezasına çarptırılmalarının, adalete ters düştüğü ortadadır. Bu bakımdan vergi ceza sistemimizin en baştan gözden geçirilmesi ve cezaların yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Vergi incelemelerinin sağlıklı yapılabilmesi için, istenen defter, kayıt ve belgelerin ibraz edilmemesinin yaptırıma bağlanması doğaldır. Kişinin ibraz etmemesi halinde yaptırıma tabi olacağını bilmesi, kişinin kendisinden istenilen bilgi ve belgeleri vermesini sağlar. Ancak cezaî yaptırım halinde kişinin susma hakkını kullanması, kendisinden istenilenleri vermemesi mümkündür. Kişi, bu halde kendi aleyhine delil teşkil edecek hususları vermeye zorlanamayacaktır. Kişinin hapis cezasına muhatap olması durumunda tartışmasız susma hakkı bulunmaktadır. Ancak AİHM içtihatları doğrultusunda, iç hukukta idarî yaptırım olarak nitelendirilen yaptırımlarda dahi, AİHM'in

belirlediği şartlar bulunduğu takdirde, susma hakkı kullanılabilir. İşte bu noktada, durum karmaşıklaşmaktadır.

Defter ve belgelerin ibraz edilmemesi fiili sadece parasal yaptırıma bağlandığında dahi susma hakkı tanınacak olursa, bu durum ilgili fiilin uygulanamaması anlamına gelecektir. Mükellef susma hakkını kullanmak suretiyle ibrazdan kaçınabilecek ve herhangi bir yaptırım da uygulanamayacaktır. Böyle bir ihtimal, mükellefin beyanına itibar eden bir vergi sisteminin özüne aykırılık oluşturacaktır. Ayrıca mükellef yaptırımsız kaldığı için defter tutma, saklama gibi diğer ödevleri de yerine getirmeyebilecektir. Bu da daha karmaşık sorunların ortaya çıkmasına yol açacaktır.

Mükellefin normal vergi incelemesinde susma hakkının bulunmadığını; fakat vergi kaçakçılığı gibi bir şüpheyle incelemeye alındığında susma hakkının (defter ve belgeleri ibraz etmeme hakkının) bulunduğunu kabul etmenin de aslında pratik bir anlamı bulunmamaktadır. İncelemeler arasında böyle bir ayırım yapmak, aradaki sınırı tespit etmek aslında hiç de kolay değildir. Şöyle ki, VUK'un 364. maddesine göre vergi cezalarını gerektiren olaylar vergi dairelerince veya yoklamaya ve vergi incelemesine yetkili olanlarca tespit olunacaktır. Yine VUK'un 367. maddesine göre ise, inceleme sırasında vergi kaçakçılığını tespit eden görevlilerin durumu Cumhuriyet başsavcılığına bildirecekleri düzenlenmiştir. Bu hükümler dikkate alındığında, mükelleflerin normal bir vergi incelemesinde dahi, ilerde hapis cezasıyla karşılaşabilecekleri için susma hakkından yararlanmaları gerekecektir.

Mükellefin kendisinden istenen defter ve belgeleri ibraz etmemesi durumunda kanaatimce, sadece idarî yaptırıma muhatap olması, hapis cezasına muhatap tutulmaması gerekmektedir. Ancak AİHM'in ulaştığı, para cezasına bile çarptırılacak olması halinde kişinin susma hakkının bulunduğu görüşü de, isabetli değildir. Böyle bir sonuçta söz konusu fiilin tamamen yaptırım dışı kalacağı ve buna bağlı başka olumsuzlukların da meydana geleceği açıktır. Vergi idaresinin denetimlerinin artması, alt yapısının güçlenmesi ve teknolojiyen (e-fatura gibi işlemlerin genişleyerek defterlerin de elektronik ortamda düzenlenmesi gibi) daha fazla yararlanılmasıyla ileride bu sorunlar yavaş yavaş azalacaktır.

KAYNAKÇA

- ALTUNSAK Murat, “Defter ve Belgelerin İbrahim Zorunluluğu ve İbrahim Edilmemesi Halinde Uygulanacak Müeyyideler ile Cezai Sorumluluk”, Yaklaşım, S. 172, Nisan 2007, <http://www.yaklasim.com.tr>, Erişim Tarihi (ET.): 01.03.2011.
- AMBOS Kai, “(Alman) Ceza Muhakemesi İçin Avrupa Hukuku’ndan Kaynaklanan Yükümlülükler-AİHM’nin 2000-2002 Yılları Arasındaki Kararları Hakkında”, (Çev.: ERDEM Mustafa R.), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Kunter’e Armağan, Ankara 2004, (Aktaran: BAŞARAN YAVAŞLAR).
- ATLIHAN, Özen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Siteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel unsuru Olarak Masumiyet Karinesi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, Yıl 2005.
- BAKER Philip, “Taxation And The Human Rights Act 1998”, http://www.taxbar.com/articles/Taxation_Human_Rights_Act_Philip_Baker_QC.pdf, s. 7, ET. 01.06.2011.
- BAŞARAN YAVAŞLAR Funda, “İdari Nitelikli Vergi Suçları ve Cezaları”, Vergi Dünyası, S. 229, Temmuz 2006.
- BULUT Fevzi, VUK’a Göre Tutulması ve Saklanması Mecburi Olan Defter ve Belgelerin İbrahim Edilmemesi, <http://www.huseyinust.com>, ET. 01.03.2011.
- CANDAN Turgut, “Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler”, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009.
- DONAY Süheyl, Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, İstanbul 2008.
- ENGİN Rifat, “Defter ve Belge İbrahim Zorunluluğunun Yerine Getirilmemesi”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S. 9, Eylül 2005, <http://www.lebibyalkin.com.tr> ET. 01.03.2011.
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2002.
- GÜNDÜZ Fatih, “Defter ve Belgelerin İnceleme Elemanına İbrahim Edilmeyip

Mahkemeye İbrahim Edilmesi Mükellefleri İncelemeden Kurtarabilir mi?”, E-Yaklaşım, S. 62, Eylül 2008.

İNCEOĞLU Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2002.

KARAKOÇ Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Ankara 2007.

KIZILOT Zuhal, Defter ve Belgelerin İbrahim Edilmemesinin Suç Oluşturmadığı ve Oluşturduğu Durumlar, Yaklaşım, S. 201, Eylül 2009.

OK Sinan, “Vergi Usul Yasasından Defter ve Belgeleri İbrahim Etmemek Suçu”, <http://www.yeniforumuz.biz/showthread.php?401286-Vergi-usul-yasasinda-defter-belge-ibraz-etmemek-su%C3%A7u>, ET. 01.03.2011.

ORAL Hasan, “Yargıtay Kararları Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçu”, Prof. Dr. Mualla ÖNCEL’e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 2009.

OZANSOY Ahmet, “Vergi Kaçakçısı Olmanın Zorluğu”, S. 245, Şubat 2009.

SAKAL Mustafa/ALPASLAN Mustafa/ŞAHİN Yaşar, “Vergi İnceleme Elemanlarına Defter ve Belgelerin İbrahim Yükümü ve AİHM Kararı Uyarınca Adil Yargılama Hakkı”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S. 55, Temmuz 2008, <http://www.lebiblyalkin.com.tr>, ET. 01.03.2011.

SOYDAN YALTI Billur, İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı III, Vergi Sorunları Dergisi, S. 145.

SOYLU Tunahan, “Hangi Suçun Cezası Daha Ağırdir; Yasal Defterleri Tasdik Ettirmemek mi, Yoksa İbrahim Etmemek mi?” Yaklaşım, S. 200, Ağustos 2009, <http://www.yaklasim.com.tr>, ET. 01.02.2011.

ŞEKER Sakıp, “Defter ve Belgelerin İnceleme Elemanına İbrahim Edilmemesinin Sonuçları”, http://www.esmmmo.org/docs/bilgi_bankasi/2000-08_yaklasim_defter_ve_belgelerin_inceleme_elemanina_ibraz_edilmesinin_sonuclari.pdf, ET. 01.03.2011.

ŞENYÜZ Doğan, Vergi Ceza Hukuku, Bursa 2011.

TEMİZYÜREK Onur, “Defter ve Belge İbrahim Etmeme Fiilinin Kaçakçılık Suçu Olarak Değerlendirilmesi İçin Gerekli Şartlar”, Yaklaşım, S. 196, Nisan 2009, <http://www.yaklasim.com.tr>, ET. 01.03.2011.

TEZCAN Durmuş, “AİHS Açısından Vergi Cezaları ve Adil Yarılanma Hakkı”, 2006 İdarî Yargı Sempozyumu, <http://www.danistay.gov.tr>, ET. 01.06.2011.

TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004.

ÜSTÜN Ümit Süleyman, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Ankara 2007.

YALTI Billur, “Vergi Hukukunda Susma Hakkı (VUK 359)(a)(2)nin Anayasaya Aykırılığı Sorunu”, Vergi Dünyası, S. 285, Mayıs 2005.

YALTI Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, İstanbul 2006.